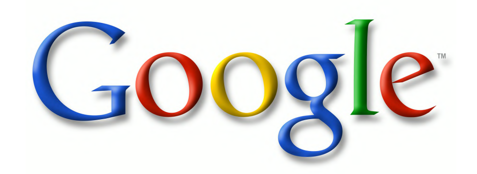
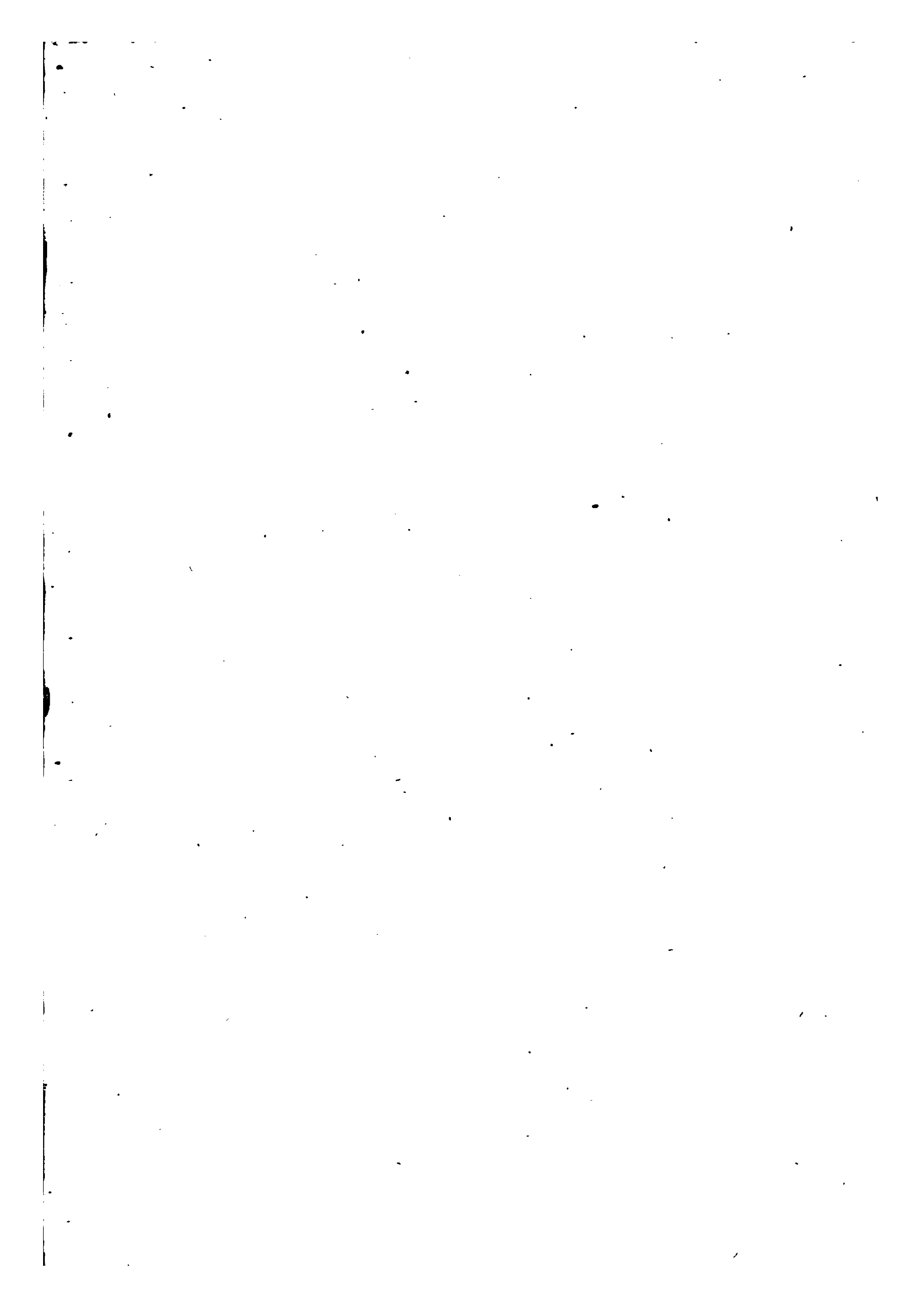




Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

C. F. von Gerber,
Canzler der Universität Tübingen

und

R. Jhering,
ordentlichem Professor des römischen Rechts zu Gießen.

Erster Band.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1857.

1874, June 6.
Minot Fund.
(Ier – XII^{er} 13d.)

Inhalt.

I.

Unsere Aufgabe.

Von

R. Jhering.

In unserer an juristischen Zeitschriften so reichen Zeit die Zahl derselben noch um eine zu vermehren, mag Manchem als ein ebenso überflüssiges wie aussichtsloses Unternehmen erscheinen. Dies Urtheil würde vollkommen gerechtfertigt sein, wenn die neue Concurrentin die Tendenz der bereits vorhandenen theilen sollte, es wird aber, wenigstens soweit es die Ueberflüssigkeit unseres Unternehmens betrifft, zurückgenommen werden müssen, wenn sich zeigen läßt, wie ich dies im Nachfolgenden versuchen werde, daß für uns in jener Zeitschriften-Literatur nicht bloß ein bescheidenes Plätzchen, sondern ein breiter Raum übrig geblieben ist — breiter, als daß wir hoffen könnten, ihn auszufüllen.

Noch vor nicht langer Zeit glaubte man die Aufgabe, um die es sich in der Jurisprudenz handelte, sowie den Gegensatz, der durch sie hervorgerufen, in die Formel „historisch" und „nicht-historisch" fassen zu können. Und in der That! als sich vor einigen Jahrzehnten die beiden Koryphäen der historischen Schule auf dem Gebiete des römischen und deutschen Rechts Savigny und Eichhorn zu einem Bunde

zusammenthaten, galt es diesen Gegensatz. Seitdem aber die Richtung, für welche sie in die Schranken traten, in kurzer Zeit die herrschende und in dem Maaß die herrschende geworden ist, daß es jenen Gegensatz überall nicht mehr gibt, seitdem ist die Aufgabe eine andere geworden; ein neuer Gegensatz und ein neuer Kampf steht in Aussicht. Daß sich innerhalb der Jurisprudenz in der That etwas Neues vorbereitet, dieser Wahrnehmung, meine ich, wird sich selbst der nicht verschließen können, der dies Neue keineswegs für etwas Gutes hält. Daß dies Neue sich bis jetzt mehr durch ein oft unklares Streben, selbst ein wildes Drängen und Wogen, als durch Leistungen angekündigt hat, will ich nicht in Abrede stellen. Auch in der Wissenschaft pflegt, wenn ein frischer Wind aufkömmt, der Staub aufzuwirbeln, und wie viele es auch geben mag, die sich darüber die Augen reiben, so möge uns doch die Erwägung trösten, daß der Staub bald wieder zu Boden sinkt, und eine Sturm- und Drangperiode am wenigsten auf dem Gebiet der Jurisprudenz von langer Dauer sein kann [1]). Auch das vorige Jahrhundert hatte seine Sturm- und Drangperiode in der Jurisprudenz; es war die Zeit des Thomasius,

1) Ein Leipziger Kritiker meines Werkes über den Geist des röm. Rechts (Kuntze), der in der Annahme einer bevorstehenden neuen Epoche in der Jurisprudenz mit mir übereinstimmt, sieht sogar statt des bloßen Windes, mit dem ich mich begnüge, einen förmlichen Sturm im Anzuge und hat eine eigene Klasse von „Sturmvögeln" aufgestellt, unter die er auch mich zu versetzen die Güte gehabt hat. Seit dem Erscheinen seines Buches über die Obligation auf das ich unten zurückkommen werde, ist mir allerdings das Bedürfniß der Aufstellung einer derartigen civilistischen Vögelgattung klarer geworden, zugleich aber auch, daß ich keine ausreichenden Ansprüche auf die Ehre habe, dieser Klasse anzugehören, weßhalb ich ihm meinen Platz mit dem Vorschlage, ihn selber einzunehmen, zur Disposition stelle.

eine Zeit, in der es mächtig wogte in den Gemüthern, wo man es für rühmlich und nöthig hielt, mit der Ueberlieferung zu brechen und der „Aufklärung" freies Spiel zu lassen. Welche Flachheit kam damals zum Vorschein! Wie trivial und nüchtern war trotz aller tiefeingreifenden Neuerungen, die sich in Leben und Wissenschaft an seinen Namen knüpfen, Thomasius selbst, wie brüstete sich da das Unvermögen, und wie hielt sich jeder zum Reformator berufen, der die Feder führen konnte! Und dennoch, trotz der unglaublichen Summe von Oberflächlichkeit und Abgeschmacktheit, die diese Zeit zu Tage förderte und in der sie es wohl jeder anderen zuvorgethan hat, es arbeitete sich ein wirklicher Kern heraus, Gesetzgebung und Wissenschaft standen noch lange unter den, wenn auch nicht immerhin gerade heilsamen Einflüssen dieser Periode, und mehr als ein Zweig der Jurisprudenz datirt seine selbständige Existenz erst von jener Zeit an.

Was ist es denn, das augenblicklich in unserer Wissenschaft gährt und drängt? Können wir uns darüber schon jetzt klar werden, können wir das Ziel, dem die Bewegung zustrebt, bereits erkennen, wenn auch in noch so weiter Ferne, oder sind wir noch auf ein blindes Suchen und Umhertappen angewiesen? Ich glaube: ersteres, ja ich meine, das Ziel läßt sich bereits mit wenig Worten bezeichnen. In all' unserem Suchen und Streben, so verschiedenartig es im Uebrigen auch sein mag, regt sich doch Eine bewegende Kraft, Ein Gedanke, der Gedanke nämlich, daß die Wissenschaft nicht auf ein bloß receptives Verhalten gegenüber dem historischen Stoff angewiesen, sondern das Recht und den Beruf zur productiven Gestaltung hat, und sollte ich den Gegensatz, um den es sich meiner Meinung nach von jetzt an handeln wird, in eine Formel bringen, ich könnte ihn

nicht anders fassen, als: receptive und productive Jurisprudenz. Obgleich die gegenwärtige Betrachtung lediglich die Dogmatik zum Gegenstande hat, so ist doch der Gegensatz selbst nicht auf sie beschränkt, er trifft ebensowohl die Rechtsgeschichte, wenn gleich der gewählte Name für letztere weniger passend erscheinen dürfte.

Auch bei ihr aber kann man von einem rein receptiven Verhalten gegenüber dem historischen Stoff reden. Es besteht darin, daß der Rechtshistoriker sich bei der Form, in der die rechtshistorischen Ereignisse in der Geschichte auftreten, beruhigt. Damit muß natürlich jede rechtshistorische Forschung zunächst beginnen, und wenn ich behaupte, daß die Rechtsgeschichte aus den Zeiten der historischen Schule vorzugsweise diesen Charakter an sich trägt, so beabsichtige ich damit keinen Vorwurf auszusprechen, sondern ich erkenne jene Beschränkung als durchaus berechtigt an. Niemand kann mehr als ich selbst es ihr Dank wissen, da mein in dem oben genannten Werke gemachter Versuch, mich von dieser Weise loszusagen, nur auf dem soliden Grundbau, den die Rechtsgeschichte durch jene Richtung gewonnen hat, denkbar war. Aber eben so sehr habe ich auch die Ueberzeugung, daß das, was sich für *sie* ziemte, nicht mehr für uns ziemt, daß vielmehr, nachdem *sie* jene Aufgabe im Wesentlichen gelöst hat, die Wissenschaft für *uns* wieder ein neues Problem in Bereitschaft hat. Ich habe mich in dem genannten Werke darüber ausgesprochen und meinen Antheil zur Lösung desselben beizutragen versucht, es mögen daher wenig Worte genügen.

Das Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft besteht in dem Satz, daß hinter dem, was in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts als äußere Thatsache hervortritt, hinter dem rechtsgeschichtlich Concreten, noch ein an=

deres Stück Rechtsgeschichte steckt — und zwar das beste Theil — welches aber für den Zeitgenossen, weil er zu nahe steht, fast gänzlich verdeckt, erst sichtbar wird für den Fernerstehenden. Die Berichte der Zeitgenossen, die Gesetzbücher und die wissenschaftlichen Darstellungen des Rechts enthalten von diesem abstracten Element der Rechtsgeschichte unmittelbar so gut wie nichts, aber sie gewähren die Möglichkeit, es uns mittelbar aus ihnen zu construiren. Wie der Naturforscher die fossilen Ueberreste einer vergangenen Schöpfungsepoche benutzt, wie sie ihm Rede und Antwort stehen müssen über Fragen, über die sie unmittelbar nichts enthalten, wie ihm oft die kleinsten Stücke die wichtigsten Aufschlüsse geben, ein Knochen ihm das ganze Thier vorführt und ein Zahn die Nahrungsmittel lehrt, auf die das Thier angewiesen war, so verhält es sich ähnlich mit den Ueberresten einer vergangenen rechtshistorischen Epoche. Wenn man also früher, um es paradox auszudrücken, den Werth rechtshistorischer Darstellungen und Entdeckungen nach ihrer Quellenmäßigkeit zu bemessen pflegte, so werden die Verdienste in der neuen Richtung umgekehrt durch die Nicht-Quellenmäßigkeit bedingt sein, und die wichtigsten rechtshistorischen Entdeckungen der Zukunft werden in solchen Sätzen und Gedanken bestehen, die kein römischer Jurist ausgesprochen. In diesem Sinne kann man also auch in der Rechtsgeschichte von einer productiven Thätigkeit sprechen; denn wenn auch das, was wir suchen, etwas objectiv Historisches ist, so ist doch die Auffindung desselben insofern eine That, eine Production des Subjects, als die Abstractionen, zu denen sich dasselbe gezwungen fühlt, die Tendenzen und treibenden Gedanken, die es in der historischen Bewegung nachweist, die nationalen Grundanschauungen, auf die es die einzelnen Rechtssätze zurückführt, kurz als dieser ganze abstracte Stoff nicht als sol-

cher in der Geschichte wahrnehmbar wird. Durch eine solche Methode, wie immerhin wir sie nennen wollen, wird die Wissenschaft nicht von dem concreten Stoff abgeführt, sondern umgekehrt in einem viel höheren Grade ihm zugeführt, als dies bei der rein receptiven Methode der Fall ist. Denn unendlich Vieles, was letzterer werthlos und folglich nicht mittheilungswürdig erschien und an sich in der That auch keine Bedeutung hat, enthält jetzt einen ungeahnten Werth durch den Nachweis, daß sich in ihm irgend etwas Höheres, Unsichtbares abspiegelt.

Der Richtung aber auf das Höchste soll nur der sich hier berühmen, der das Kleinste schätzt und achtet, und wer nicht im Kleinsten sucht und forscht, wird auch nie das, was er sucht, finden. Ich erkenne es darum als einen für die Beurtheilung eines jeden Werkes, das in dieser Richtung arbeiten will, und mithin auch des meinigen, durchaus berechtigten Maßstab, ja als die entscheidende Probe an, in wie weit es ihm gelungen, Splitterchen und Steinchen, die man bisher für werthlos am Wege liegen ließ, wissenschaftlich verwerthet zu haben. Die Schwierigkeiten der Bearbeitung werden also bei dieser Methode nicht geringer, sondern umgekehrt ungleich gesteigert, denn nicht bloß ist der Stoff derselbe, sondern die Art der Verarbeitung desselben wird eine intensivere, eine doppelte. Wer sich nicht mit vollem Ernst, mit ganzer Liebe und Hingebung in den Stoff versenkt, wer sich nicht mit seinem ganzen Fühlen und Denken in die Zeit hineinlebt, wird die Geister der Vergangenheit nicht beschwören. Ihm werden nur die Ausgeburten seiner eigenen Phantasie erscheinen. Das ist aber allerdings das Mißliche dieser Methode, daß sich die Seichtigkeit und Arbeitsscheu in einem ganz andern Maße in ihr versuchen werden, als sie dies bei der receptiven Me-

thode wagen konnten. Sie hat einen so verführerischen Reiz, diese Geister-Beschwörung, und sie erscheint für jeden, der an schwerer Arbeit keinen Gefallen findet, so geeignet, um ohne Studien, Kenntnisse und Anstrengung zur literarischen Production zu gelangen, daß es mich Wunder nehmen sollte, wenn nicht gerade die oberflächlichsten Naturen an ihr das meiste Gefallen finden würden, und wenn nicht dieser Zweig der Wissenschaft der Ablagerungsplatz der schlechtesten Literatur werden sollte, wie denn bereits schon jetzt in dieser Beziehung ein vielversprechender Anfang gemacht ist. Die Gefahr für die Wissenschaft ist freilich nicht groß, denn gegen nichts tritt so rasch eine Uebersättigung und ein moralischer Eckel ein, als gegen das Destillat des „Geistes," und ich hoffe, daß dieser Zeitpunkt bei der Kritik, die, wie es scheint, den Maßstab zur Beurtheilung dieses Artikels bisher noch nicht gefunden hat, bald eintreten und sie zu einer Strenge und Schärfe veranlassen möge, die nirgends mehr am Platz ist, als hier.

Ich wende mich jetzt dem eigentlichen Gegenstande der vorliegenden Betrachtung zu, der Dogmatik. Auf sie paßt der Name der receptiven und productiven Jurisprudenz in ungleich höherem Maße, denn nur auf ihrem Gebiet kann von wirklichen juristischen Productionen die Rede sein. Ich werde den Gegensatz zunächst ohne alle Beziehung auf unsere heutige Jurisprudenz darzustellen versuchen, späterhin möge dann die Frage folgen, wie letztere sich zu demselben verhält.

Der erste Anfang aller wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts charakterisirt sich durch den unmittelbaren Anschluß an die Form, in der dasselbe im Gesetz erscheint, durch ein rein receptives Verhalten zu den Quellen. Interpretation der Gesetze ist die absolut niedrigste Stufe aller wissen-

schaftlichen Thätigkeit, aber zugleich die nothwendige Vorstufe aller höheren. Der erklärte Zweck derselben ist Beschränkung auf den Willen des Gesetzgebers. Alles, was sie findet, ist unmittelbar oder mittelbar im Gesetz enthalten, und mit dem Rechtsstoff geht hier keine innere Umwandlung vor, denn er behält den Charakter, den er im Gesetz an sich trägt, den von Rechtssätzen, Rechtsregeln, Rechtsprinzipien. In den Bereich der Interpretation fällt nicht bloß die Darlegung des unmittelbaren Inhalts des Gesetzes, sondern auch die Erschließung des mittelbaren, also des Prinzips aus den im Gesetz gegebenen einzelnen Entscheidungen und umgekehrt der Consequenzen aus dem dort aufgestellten Prinzip, das Ab- und Aufsteigen innerhalb des Gesetzes.

Die juristische Production geht nun theils über diesen Stoff hinaus, indem sie einen absolut neuen Stoff hervorbringt (was man die Deduction aus der Natur der Sache genannt hat, man könnte sie auch die juristische Spekulation nennen), theils beschränkt sie sich auf ihn, operirt aber mit ihm in einer Weise, der sich das Prädikat einer neugestaltenden und mithin produktiven Thätigkeit nicht absprechen läßt. Ob die analoge Ausdehnung des Gesetzes in dem Sinn, wie man sie gewöhnlich definirt, auf dieses Prädikat Anspruch habe, lasse ich dahin gestellt; in dem Sinn und der Stellung, die ich unten für sie gewinnen werde, kann darüber kein Zweifel sein.

Ich unterscheide zwischen höherer und niederer Jurisprudenz, zwischen dem höheren und niederen Aggregatzustand des Rechts [2]). Die reguläre Erschei-

2) Eine Andeutung dieser Auffassung habe ich bereits in der Einleitung zu meinem Buch über den Geist des römischen Rechts gege-

nungsform, in der das Recht in die Wirklichkeit tritt, ist die der Rechtsregel, möge letztere mehr allgemein sein, in welchem Fall man den Ausdruck Rechtsprinzip zu gebrauchen pflegt, oder mehr speziell und beschränkt, in welchem Fall der Ausdruck Rechtssatz gangbarer ist. Ob die Regel äußerlich die imperativische Form an sich trägt, ist hierfür vollkommen gleichgültig; das Imperativische liegt im Gegenstande selbst. Alle Operationen der Jurisprudenz nun, die dem Rechtsstoff diese seine ursprüngliche und unmittelbar practische Form lassen, die es also über Rechtssätze und Rechtsprinzipien nicht hinausbringen, mögen sie dieselben selbst gefunden oder nur die vom Gesetzgeber gegebenen verarbeitet haben, rechne ich zur niedern Jurisprudenz.

Der Gegensatz der höheren zur niederen Jurisprudenz bestimmt sich durch den Gegensatz des Rechtsbegriffes zu der Rechtsregel, und den Uebergang des Rechts aus dem niedern in den höhern Aggregatzustand vermittelt die juristische Construction, indem sie den gegebenen Rohstoff zu Begriffen verflüchtigt. Die Umwandlung, die hiermit er-

---

ben (B. 1 S. 26 f.), eine nähere Ausführung war dem Abschnitt über die Technik der römischen Jurisprudenz (B. 2 Abth. 2) vorbehalten. Ich befinde mich nun in der eigenthümlichen Lage, daß fast gleichzeitig mit diesem ersten Heft der Zeitschrift jener Abschnitt meines Werkes gedruckt wird, in dem ich namentlich eine eingehende Entwicklung des Wesens und der Gesetze der juristischen Construction versucht habe. Bei dieser Sachlage, die es mir unmöglich macht, hier einfach auf das dort Gesagte zu verweisen, indem jene Schrift erst einige Monate nach diesem ersten Heft der Zeitschrift erscheinen wird, und die andererseits eine einfache Wiederholung des dort Gesagten ausschließt, bleibt mir nichts übrig, als mich auf die durch den vorliegenden Zweck unumgänglich gebotenen allgemeinen Andeutungen zu beschränken, und in diesem Sinne bitte ich das Folgende aufzunehmen.

folgt, besteht negativ darin, daß der Stoff seine unmittelbar practische und imperativische Form völlig abstreift, positiv darin, daß er die Gestalt eines juristischen Körpers annimmt. Die Gesammtmasse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als ein Inbegriff von juristischen Existenzen, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern. Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichste ist. Jeder dieser Körper hat seine besondere Art, Natur und Eigenschaften, vermöge deren er fähig ist, gewisse Wirkungen hervorzubringen. Unsere Aufgabe ihm gegenüber nimmt dadurch den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an. Wir haben also seine Eigenschaften und Kräfte zu ermitteln, die Art, wie er entsteht und untergeht, die Lagen und Zustände, in die er gerathen kann, den Einfluß, den er dadurch erleidet, die Metamorphosen, deren er fähig ist, anzugeben, seine Beziehungen zu andern juristischen Größen, die Verbindungen, die er mit ihnen eingeht, die Conflikte, in die er mit ihnen geräth, zu bezeichnen, sodann auf Grund aller dieser vorangegangenen Untersuchungen die Natur desselben, seine juristische Individualität wie in einem logischen Brennpunkt im Begriff zu erfassen, schließlich aber in derselben Weise, wie der Naturforscher die naturhistorischen Objekte classificirt, die sämmtlichen juristischen Körper in und zu einem System zu ordnen. Es vereinigt sich hierbei die Aufgabe einer naturhistorischen Forschung mit der einer künstlerischen Schöpfung. Denn die Objekte, deren Natur und Wesen wir zu bestimmen haben, sollen wir selbst erst schaffen. Allerdings ist uns das Material dazu gegeben, allein das, was wir daraus machen, ist in der That unsere eigene Schöpfung, denn wir bringen den Stoff nicht

bloß in eine andere Ordnung, sondern wir spezificiren ihn, wir construiren aus ihm spezifisch juristische Körper. Nach welchen Rücksichten und Gesichtspunkten wir dies thun, welcher Kunstgriffe und Hülfsmittel wir uns dabei bedienen, welchen Anforderungen wir zu genügen haben, kurz, die Frage von den Gesetzen der juristischen Construction glaube ich, da ich sie an der angegebenen Stelle behandelt habe, hier um so eher völlig übergehen zu können, da sie mit dem Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes in keinem nothwendigen Verbande steht. Dagegen darf ich es nicht unterlassen, die hohe Bedeutung dieser juristischen Gestaltung des Rechtsstoffs zwar kurz, aber mit allem Nachdruck hervorzuheben.

Das Interesse derselben ist kein bloß wissenschaftliches, wenn man nämlich einmal zwischen wissenschaftlich und practisch einen Gegensatz machen will, sondern ein im äußersten Grade practisches. Zunächst nämlich ist dem vorhandenen Stoff dadurch eine Gestalt verliehen, die die subjective Beherrschung desselben im hohen Grade erleichtert und von welchem Vortheil dies für die Anwendung des Rechts ist, brauche ich nicht auszuführen. Ich setze diese Erleichterung darin, daß die, ich möchte sagen, plastische Gestaltung des Stoffs denselben dem juristischen Anschauungsvermögen zugänglich macht und dadurch dem Gedächtniß die Mühe abnimmt, sich eine Summe von einzelnen positiven Bestimmungen mechanisch einzuprägen [3]). Das flüssige Element der Rechtssätze, das der Auffassung keine Anhalts- und Ruhepunkte darbot, hat sich, so zu sagen, über dem Begriff als

---

3) Die Vereinfachung des Rechtsstoffes auf dem Wege der logischen Concentration, von der ich am angegebenen Ort weiter gehandelt, ist der naturhistorischen Behandlungsweise des Rechts nicht eigenthümlich.

seinem Gerippe ausgebreitet, hat sich fixirt und zu einer festen Substanz niedergeschlagen. Die einzelnen Rechtssätze figuriren jetzt als einzelne Züge und Punkte in dem Bilde, das sich unsere Vorstellung von dem Institut macht, sie haben ihren Halt an der Gesammtvorstellung und zugleich mit letzterer ihren letzten Stützpunkt an dem Begriff oder der Definition des Instituts.

Durch diese Plastik des Rechts erhält nun zugleich — und darin liegt ein ungleich höherer Werth derselben — ein Bedürfniß seine Befriedigung, das, so wenig davon auch die Rede zu sein pflegt, doch in der That eine der wichtigsten Triebfedern aller Jurisprudenz ist, ich will es das juristisch-ästhetische nennen. Es mag paradox klingen, von einem juristischen Kunstsinn zu sprechen, und doch ist es nicht anders möglich, es gibt keinen andern Ausdruck für die Sache. Will man sich von dem Dasein und der Macht desselben überzeugen, so blicke man nur um sich. Ich will nicht auf die römische Jurisprudenz verweisen; sie hatte ihn schon in der Wiege, ihre frühsten Leistungen, die seltsamen Gebilde der alten Zeit, sind nichts als Producte dieses Kunstsinns, des späteren Rechts der classischen Periode gar nicht zu gedenken. Ich will mich vielmehr auf die moderne Jurisprudenz beschränken. Das römische Recht verdankt seine Reception vorzugsweise der Befriedigung, die es diesem Sinne gewährte, und worauf anders beruht die Anziehungskraft, die dasselbe noch heutzutage auf jeden Juristen ausübt? Es handelt sich hier um mehr als formale Logik und Consequenz, es handelt sich um die Schöpfung einer Welt aus rein geistigem Stoff, eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens. Diese Welt ist die wahre Heimath des Juristen, nach ihr zieht es ihn stets hin, und schon die frühsten Lebensregungen der Jurisprudenz haben ihre Bil-

dung und ihre Vervollkommnung zum Gegenstande. In ihr wurzelt die Begeisterung, deren der Jurist für seine Wissenschaft fähig ist, und die nach dem Maße, in dem es ihm gelungen, in sie einzudringen, eine Höhe erreichen kann, die einem Nichtjuristen, der von dem Dasein dieser über der niedern und substantiellen Welt des positiven Stoffs sich erhebenden idealen, ihm unsichtbaren Kunstschöpfung keine Ahnung hat, ein Räthsel sein muß, und die auch in der That keinen Sinn hätte, wenn der Jurist verdammt wäre, sich in jenen niedern Regionen herumzutreiben und mithin auch da nicht vorkommen kann, wo die Jurisprudenz sich zur Höhe der künstlerischen Gestaltung des Stoffs noch nicht erhoben hat. Ohne Liebe gedeiht kein Ding, die Liebe des Juristen aber zu seinem Fach, möge er sich Practiker oder Theoretiker nennen, wurzelt eben in dem Kunstelement des Rechts; in der Erhebung und Vergeistigung des Stoffes, den Menschensatzung geschaffen, zu idealen Formen; in den Wundern dieser höheren Welt, deren er sich nicht einmal bewußt zu werden braucht, um mächtig von ihnen ergriffen zu werden; in der Ordnung und Harmonie, der Einfachheit und Schönheit, die hier herrscht; in der festen Ablagerung der Gedanken-Massen und der Schärfe ihrer Formen; in der Sicherheit, mit der er zwischen diesen Massen wandeln kann; in dem unerschöpflichen Reichthum, der überall, wo er tiefer eindringt, zu Tage tritt. Könnte man diese Welt dem Laien erschließen, brächte er das Auge mit, um sie wahrzunehmen, es würde ihn statt der geringschätzenden Meinung vom wissenschaftlichen Werth der Jurisprudenz das Gefühl der tiefsten Bewunderung ergreifen, er würde es erklärlich finden, daß eine Vertiefung in diese Welt nicht Arbeit, sondern Genuß und im Stande ist, die ganze Seele und

das ganze Leben auch des geistig anspruchvollsten Menschen auszufüllen.

Habe ich das Verhältniß vielleicht idealisirt? Ich gebe zu, daß mir zu meinem Bilde nicht jene Fachgenossen gesessen haben, denen nie, weder auf der Universität, noch später das Verständniß jener unsichtbaren Welt aufgegangen ist, weil ihr Sinn von vornherein nur auf das Niedere stand. Aber ebenso wenig habe ich den Zuschnitt bloß nach mir selbst gemacht, dem der Beruf es verstattet, sich ganz der Erforschung jener Welt zu widmen. Es stände schlimm um die Jurisprudenz, wenn bloß das theoretische Studium derselben jener Genüsse theilhaftig würde und jene Stimmung und Liebe hervorzurufen vermöchte. Ich provocire daher getrost auf das Urtheil des tüchtigen Practikers, überzeugt, daß ich nur das ausgesprochen habe, was er selbst oft genug gefühlt hat.

Alles bisher Gesagte würde selbst dann zutreffend sein, wenn der Werth der höheren Jurisprudenz oder der naturhistorischen Betrachtung des Rechts bloß darin bestände, daß sie dem vorhandenen positiven Stoff die entsprechende juristische Gestaltung gäbe. Allein zu dieser specificirenden Thätigkeit gesellt sich noch eine andere, die nur auf diesem höhern Standpunkt möglich wird, eine rein productive. Die höhere Jurisprudenz ist nicht bloß Bildnerin des Stoffs, sondern auch Schöpferin; und nur sie ist es, denn nur sie kann mit Sicherheit und Bewußtsein einen neuen Stoff produciren. Die einzige Operation, bei der auch für die niedere Jurisprudenz der Schein einer productiven Thätigkeit entstehen könnte, weil letztere sich hier wenigstens von ihrem Object, dem Willen des Gesetzes, entfernt, ist die analoge Ausdehnung. Allein auch sie ist vom Standpunkt der niederen Jurisprudenz aus weder recht

zu begreifen, noch mit Sicherheit zu bewerkstelligen. Denn wenn man einmal nur Rechtssätze kennt und nur mit Rechtssätzen operirt, wie läßt es sich begreiflich machen, daß ein Rechtssatz, den der Gesetzgeber nur für irgend ein bestimmtes Verhältniß aufgestellt hat, auf ein anderes sollte ausgedehnt werden dürfen? Wegen des Bedürfnisses? Allein wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht anerkannt hat, wie dürften wir es thun? Wegen Gleichheit des Grundes? Allein was ist Gleichheit des Grundes? Und wohin würde ein Operiren mit diesem Gesichtspunkt führen! Nein! von jenem Standpunkt aus möge die analoge Ausdehnung immerhin durch den gesunden Takt oder die instinctive Ahnung ihrer wahren Bedeutung in richtiger Weise gehandhabt werden, aber begriffen werden kann sie nicht. Dies ist erst von jenem höhern Standpunkt möglich. Ihre Definition wird hier sehr einfach, sie lautet nämlich dahin: die analoge Ausdehnung ist nichts als die Beantwortung der Frage: gehört ein Rechtssatz, der historisch zuerst an einer einzelnen Art aufgetreten ist, der Art oder der Gattung an? Der Rechtssatz: dolus pro possessione est ward aufgestellt bei Gelegenheit eines Senatsbeschlusses über die hered. petitio. Es ist bekannt, daß die römischen Juristen ihn nicht bloß auf sämmtliche in rem actiones, sondern auf Klagen, die gegen den Besitzer als solchen gerichtet sind, ausdehnten. Worauf beruhte diese Ausdehnung? Die hered. pet. ist eine einzelne Art der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, sie hat aber mithin neben den Momenten, die sie als Species characterisiren, andere, die der ganzen Gattung gemeinsam sind. Als nun jener Rechtssatz bei der her. pet. aufgestellt ward, mußten die Juristen sich fragen: gehört derselbe der einen oder andern Seite der her. pet. an, hat er in ihrer spezifischen Natur als her. pet., oder in ihrer Na-

tur als Klage gegen den Besitzer als solchen seinen Grund? und die Frage so gefaßt, konnte die Beantwortung derselben nicht zweifelhaft sein.

Die analoge Ausdehnung gehört hiernach durchaus der höheren Jurisprudenz an, denn sie setzt die naturhistorische Auffassung des Rechts voraus, sie erfordert eine Feststellung des Gattungs- und Art-Begriffs, eine genaue Sonderung dessen, was der ganzen Gattung gemein und der einzelnen Art eigenthümlich ist. Der Nutzen dieser letzteren Arbeit beschränkt sich keineswegs auf die analoge Ausdehnung. Wenn der Gattungsbegriff erfaßt und gehörig ausgebildet ist, so ist damit nicht bloß für alle jetzt bereits vorhandenen, sondern auch für alle künftig auftretenden Species ein stets bereites Rechtsmaterial gewonnen. Hierin hat es seinen Grund, daß eine ausgebildete Jurisprudenz nie ein absolutes Deficit an Rechtssätzen zu befürchten hat. Denn in wie ungewöhnlichen, abweichenden Bildungen sich auch der fortschreitende Verkehr ergehen möge, die Besorgniß, daß er uns etwas absolut Neues bringen könnte, d. h. etwas, was nicht unter irgend einen unserer bisherigen Begriffe fiele, und wäre derselbe auch noch so allgemein, — diese Besorgniß ist eben so unbegründet, als wenn man glauben wollte, es könnten heutzutage noch Thiere entdeckt werden, die im zoologischen System der heutigen Wissenschaft absolut kein Unterkommen fänden. Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergiren möge; eine solche Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen.

Ich wende mich jetzt der eigentlich schöpferischen Thä-

tigkeit der höheren Jurisprudenz zu. Jedes Blatt der römischen Rechtsquellen gewährt die Gelegenheit, sich von ihr zu überzeugen. Wie manche Lehren gibt es, die rein ein Produkt der römischen Jurisprudenz sind, wo die Jurisprudenz von jedem gesetzlichen Anhaltspunkt verlassen, lediglich auf sich selbst, d. h. auf die naturhistorische Methode, die Erschließung der innern Nothwendigkeit, die Erforschung der Natur der Sache angewiesen war. Woher stammt das Accrescenzrecht, die Lehre von der Spezification, Accession, vom dies und unzählige andere? Ein Meisterstück in dieser Beziehung ist die Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte; man könnte sie wegen der unendlichen Feinheit und Kunst, mit der sie ausgearbeitet ist, eine civilistische Filigranarbeit nennen. Kein Gesetz hatte eine einzige der Fragen, die hierbei zur Sprache kamen, entschieden oder auch nur berührt. Die ganze Masse von Rechtsstoff, die hier zu Tage gefördert ward (und man vergegenwärtige sich einmal die über das ganze Rechtsgebiet sich erstreckende Ausdehnung der Lehre, die unzähligen practischen Rechtsfragen, in die sie sich bei den Servituten, Pfandrecht, Obligationen u. s. w. auflöst), jene ganze Masse also ist nichts als eine Schöpfung der römischen Jurisprudenz, gewonnen lediglich auf dem Wege einer naturhistorischen Betrachtung. Die Jurisprudenz hat diese Frage kaum anders angefaßt und gelöst, als die Naturwissenschaft, z. B. die Frage über das spezifische Gewicht der Körper. Sie hat mit jedem einzelnen Rechtskörper eine Zersetzung vorgenommen, den Einfluß, den dieselbe auf ihn ausübte, ermittelt und endlich auf Grund aller dieser Versuche ihre Lehre von der Möglichkeit und dem Einfluß einer Theilung der Rechtskörper aufgestellt. Auch darin trifft der Vergleich mit der Naturwissenschaft zu, daß es nicht ein unmittelbar practischer

Zweck war, oder daß wenigstens nicht ausschließlich dieser es war, welcher die Untersuchung veranlaßte und leitete, sondern daß es zugleich ein rein wissenschaftliches Interesse war, daß schon die Lust und Freude an Entdeckungen den Forscher weiter trieb. Aber wie die Entdeckungen der Naturwissenschaft, so kommen auch hier die Entdeckungen der Jurisprudenz dem Leben zu Gute. Nicht gerade sofort, nicht gerade in dieser Form; vielleicht liegt mancher von den gefundenen Rechtssätzen ein Jahrhundert lang unbenutzt, bevor sich der erste Fall ereignet, auf den er angewandt werden kann, vielleicht kann er nie auf eine solche unmittelbar practische Verwerthung hoffen, aber er wird die Brücke zu andern, oder er trägt oder stützt oder ergänzt sie. Und wäre auch gar kein Nutzen abzusehen, so ist er eben da seiner selbst wegen, er existirt, weil er nicht nicht-existiren kann, und weil die Jurisprudenz nicht Jurisprudenz sein und ihren practischen Beruf nicht erfüllen könnte, wenn sie nur das unmittelbar Practische suchen wollte. Das ist auch eine von den guten Lehren, die uns die römische Jurisprudenz gegeben hat, daß die Wissenschaft, um practisch zu sein, sich nicht auf das Practische beschränken darf.

So wenig ich den segensreichen Einfluß des practischen Bedürfnisses auf die Ausbildung der Wissenschaft verkenne, so sehr ich aus meiner eignen kleinen Erfahrung weiß, daß nicht selten ein Rechtsfall, indem er uns eine bisher nicht aufgeworfene Frage vorführt, uns neue Seiten des Verhältnisses erschließt und dadurch die Theorie wesentlich fördert, so kann ich es andererseits doch nicht genug hervorheben, daß die naturhistorische Behandlungsweise des Rechts der Wissenschaft es möglich macht, mit ihren Antworten den Fragen der Praxis voranzueilen, ihr also das demüthige Loos erspart, sich lediglich durch die Praxis zu neuen Ent-

deckungen anregen zu lassen, und so zu sagen, hinter ihr her zu hinken. Nicht die Phantasie, welche seltsame und bisher noch nie vorgekommene Fälle aussinnt, ist es, die uns auf neue Fragen und damit auf neue Rechtssätze führt, sondern die treibende Kraft des Gedankens, die innere Dialectik des Rechtsverhältnisses bringt uns von selbst zu neuen Entdeckungen; sie offenbart uns die entlegensten und verborgensten Beziehungen und Seiten desselben, und wenn irgendwo in einer practischen Wissenschaft dem menschlichen Geiste der hohe Genuß bereitet ist, rein auf sich selbst angewiesen in der Welt des Gedankens umherzuschweifen und mit reichen Schätzen beladen heimzukehren, so ist es in der Jurisprudenz. Sie ist die practische Wissenschaft, wo das speculative Talent sich wie in keiner anderen verwerthen läßt, die Wissenschaft, wo wenn irgendwo die dialectische Methode, die treibende Kraft des Begriffs zur Wahrheit wird. Nur der Unkundige kann es belächeln, wenn die Jurisprudenz, ich meine nicht die Rechtsphilosophie, sondern jene von den Philosophen oft über die Achsel angesehene practische Jurisprudenz, die Dogmatik, sich, wie Ulpian in l. 1 § 1 de J. et J. (1. 1.) es thut, Philosophie nennt. Ich kann die Behauptung nicht unterdrücken, daß die heutige Rechtsphilosophie sowohl wie das frühere Naturrecht sich rücksichtlich des Maßes der philosophischen Kraft, die sich an ihnen bethätigt hat, mit der Dogmatik nicht von weitem messen darf, und den Grund, warum mit dem Aufschwung der Jurisprudenz in unserm Jahrhundert zugleich ein entschiedener Widerwille gegen das Naturrecht eintrat, und warum auch die heutige Rechtsphilosophie sich eines so geringen Anklangs erfreut, diesen Grund kann ich nicht darin finden, daß sie zu viel, sondern daß sie zu wenig philosophisches Element enthalten, daß sie es zu wenig verstanden haben, uns in den geistigen

Organismus der realen Rechtswelt einzuführen und uns die Vorgänge, die sich hier begeben, die Gesetze, die hier regieren, klar zu machen. Eben weil unser philosophisches Bedürfniß in der Dogmatik des römischen Rechts, wie sie heutzutage behandelt wird, eine so vollkommne Befriedigung findet, hat die Rechtsphilosophie einen so üblen Stand. Unter dem Eindruck dieses philosophischen Geistes, der ihn aus dem römischen Rechte anwehte, war es, daß Leibnitz seinen bekannten und viel benutzten Ausspruch über das römische Recht that [4]), unter dem Eindruck dieses Geistes bezeichnete das Mittelalter dasselbe als die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts.

So viel zur Beantwortung der Frage vom praktischen Werthe der höhern Jurisprudenz. Scheinbar gilt es ihr bei der naturhistorischen Untersuchung des Rechts nur die Befriedigung eines rein wissenschaftlichen Interesses, und der Unkundige wird das practische Verdienst einer richtigen Interpretation eines Gesetzes ungleich höher anschlagen, als das einer scharfen Definition, einer gelungenen Construction eines Verhältnisses oder der Lösung einer rein systematischen Frage. Denn er ahnet eben nicht, daß hinter der äußerlich unpractischen Form sich oft ein unendlich reicher practischer Inhalt verbirgt, und selbst von Juristen muß man derartige Untersuchungen nicht selten als müssige, spitzfindige u. s. w. bezeichnen hören. Gerade diese letztere Erfahrung hat mich veranlaßt, den prac-

4) Epist. ad H. E. Kestnerum, epist. 15: Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jure consultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis — — Nec uspiam juris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus sive ex majorum traditis sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur.

tischen Werth der naturhistorischen Methode so geflissentlich hervorzuheben, da es mir erforderlich schien, unsere Zeitschrift, die sich gerade ein Wirken im Sinne jener Methode zur Aufgabe gemacht hat, gegen das erschwerende Vorurtheil einer unpractischen Richtung in Schutz zu nehmen.

Ich wende mich jetzt der zweiten oben aufgeworfenen Frage zu, wie unsere heutige Wissenschaft sich zu dem angegebenen Gegensatz der höheren und niederen Jurisprudenz verhält.

Wir haben hier das römische und deutsche Recht von einander zu trennen. Während die naturhistorische, oder nennen wir sie von jetzt an die juristische Methode auf dem Gebiete des deutschen Rechts, noch sehr jung ist und über die Namen Thöl und Gerber kaum zurückreicht, ist das römische Recht uns in einer so vollendeten juristischen Gestalt überliefert worden, daß man hier umgekehrt eher fragen möchte, was für uns noch viel zu thun übrig bleibe. Beschränken wir uns zunächst auf letzteres. Daß die Bearbeitung desselben je in einem andern als einem ächt juristischen Geiste möglich gewesen, sollte man kaum erwarten. Hat sich doch in ihm jener Geist in einer Weise bethätigt und objectivirt, wie in keinem andern, und vermochte doch selbst die höchste Stumpfheit und juristische Unfähigkeit späterer Zeiten ihm diesen Charakter nicht zu entziehen. Aber dennoch können wir uns nicht verhehlen, daß die moderne Wissenschaft trotz aller ihrer Beschäftigung mit dem römischen Recht das Beste, was sie demselben hätte entnehmen können, die juristische Methode und die juristisch schöpferische Kraft zeitweise nur in höchst geringem Grade sich anzueignen verstand. Die receptive Thätigkeit, zu der die Reconstruction des römischen Rechts sie zwang, war der Ausbildung der productiven Fähigkeit von vornherein keineswegs günstig und

hat letztere mitunter in dem Maße gelähmt, daß der Jurisprudenz nicht einmal der Gedanke kam, daß das einheimische und in manchen Punkten selbst das römische Recht ihr zu derselben juristisch gestaltenden Thätigkeit Gelegenheit gebe, deren Wirken und Erfolge sie im römischen Rechte täglich vor Augen hatte, ja, daß selbst die Reconstruction des letzteren nicht gelang — zur Bewahrheitung jener treffenden Bemerkung, daß eine Zeit, die selbst nichts schaffen, auch in den Geist der Schöpfungen einer vergangenen Zeit nicht eindringen kann.

Wenn nun im Gegensatz dazu die heutige Wissenschaft sich rühmen darf, daß der Geist der römischen Jurisprudenz in ihr wieder lebendig geworden ist, so kann sie es nicht thun, ohne Savigny die Ehre und das Verdienst zu lassen. Man kann diesem Manne, der meiner Ansicht nach für die Geschichte der Jurisprudenz in ungleich höherem Grade epochemachend ist, als Cujacius, kein größeres Unrecht thun, als wenn man seine Verdienste vorzugsweise in die Belebung einer historischen Erforschung des römischen Rechts setzt. So hoch ich die Rechtsgeschichte stelle, und so wenig man von mir eine Herabsetzung derselben gewärtigen wird, so sehr muß ich doch dagegen protestiren, daß jene Umwandlung, die seit Savigny eingetreten ist, auf Rechnung des Aufschwungs der Rechtsgeschichte zu setzen ist. Die gelehrtesten rechtshistorischen Untersuchungen früherer Zeiten, wie z. B. der ganzen holländischen Schule, haben das wahrhafte Verständniß des römischen Rechts — ich meine darunter nicht das rechtshistorische, sondern das juristische — um nichts gefördert, sie haben den juristischen Sinn, der allein dieses Verständnisses fähig ist, vielleicht mehr unterdrückt und auf Abwege geleitet, als erweckt und angeregt. Ich bekenne mich einmal zu der sehr gewagten Ansicht, daß ein wirk-

licher Jurist, auch wenn seine rechtshistorische Ausrüstung noch so mangelhaft sein sollte, im Ganzen und Großen das römische Recht ungleich besser verstehen wird, als ein Rechtshistoriker, dem das juristische Organ fehlt, und daß dieser letztere Defect auch bei namhaften Rechtshistorikern vorkommen kann, wird man mir hoffentlich ersparen durch Beispiele zu belegen. Wenn sich das geltende Recht einer jeden Zeit nur dem juristischen Sinn und Auge wirklich erschließt, wie sollte es bei dem Rechte der Vergangenheit anders sein, und wie vermöchte der, welcher den juristischen Geist in der Dogmatik nicht zu finden versteht, das Walten desselben in der Rechtsgeschichte zu entdecken? Immerhin möge auch ein solcher manche dankenswerthe Vorarbeit verrichten können, allein die eigentliche Arbeit, auf die es ankömmt, die wirkliche juristische Wiedergeburt des frühern Rechts wird ihm nie gelingen; letzteres wird unter seinen Händen trotz aller Gelehrsamkeit, die er zuzusetzen hat, eine Masse positiven Stoffes, ein todter Körper bleiben. Wenn daher die römische Rechtsgeschichte unter den Händen von Savigny, Puchta, Keller u. A. eine ganz andere Gestalt gewonnen hat, als unter den Händen von Hugo und den Frühern, namentlich den Holländern nebst Heineccius und Bach, so liegt der Grund nicht darin, daß jene Männer auf den Schultern ihrer Vorgänger standen, sondern darin, daß sie für die Rechtsgeschichte ein juristisches Auge mitbrachten. In Hugo erhielten wir seit längerer Zeit wieder den ersten namhaften Rechtshistoriker, in Savigny den ersten Juristen — eine den römischen Juristen congeniale Natur. Bei dieser inneren Gleichartigkeit mit ihnen entdeckte er bereits als Anfänger mit dem Blicke des juristischen Genies, was seinen gelehrtesten Vorgängern entgangen war. Mit dem „Recht des Besitzes“ war die ju=

ristische Methode der Römer wieder erobert, und damit die heutige Jurisprudenz geboren. Daß die Bearbeitung des römischen Rechts von jetzt an vorzugsweise einen rechtshistorischen Charakter annahm, war nicht das Entscheidende, sondern daß sie sich beeiferte, wieder einen juristischen Charakter anzunehmen, und den Werth der rechtshistorischen Leistungen dieser Zeit kann ich nur darein setzen, daß sie letzteres erleichterten und beförderten. Ob man sich dieses Verhältnisses überall bewußt war, muß ich bezweifeln; jedenfalls trat in der Literatur ein entschiedenes Mißverhältniß zwischen der Förderung des Zweckes und des bloßen Mittels ein. Man hätte glauben können, als handle es sich fortan nur um Geschichte und Kritik des römischen Rechts, nicht aber um eine practische Wissenschaft. Freilich war es auch ungleich leichter, Savigny dem Rechtshistoriker, als Savigny dem Juristen zu folgen.

Während nun der wahre Gewinn der von Savigny angebahnten Reform gerade in einer Annäherung der Wissenschaft und des Lebens hätte bestehen sollen, schien die große Mehrzahl seiner Anhänger umgekehrt den Aufschwung der Wissenschaft durch eine Entfernung derselben vom Leben bezeichnen zu wollen, und Savigny selbst fand sich später gedrungen, die Entfremdung, die zwischen beiden eingetreten sei, öffentlich anzuerkennen und zu beklagen. Das war ein übles Zeichen, darin lag, daß auf einer von beiden Seiten gefehlt war. Trug die Praxis die Schuld? Ich glaube nicht. Verzichtete die Wissenschaft einmal darauf, durch juristische Leistungen in's Leben einzugreifen, consumirte sie ihre Hauptkraft an Aufgaben, die auch ein Philologe hätte lösen können, die, so dankenswerth sie in historischer Beziehung sein mochten, doch dem Juristen keine Nahrung für sein wissenschaftliches Bedürfniß gewährten, so sollte es sie billiger-

weise nicht befremden, wenn das Interesse des großen juristischen Publikums für sie und ihre Leistungen erkaltete. Wie war es doch möglich, daß ein Lehrbuch des römischen Rechts, wie das von Thibaut, sich immer noch behaupten konnte, nachdem Savigny eine Reihe von Jahren gewirkt und gelehrt und einen Kreis von thätigen Schülern um sich gebildet hatte! Bis auf Puchta fand sich Niemand von der neuen Richtung, der der Herrschaft dieses Buchs und damit der alten Methode ein Ende zu machen versucht hätte. Während das byzantinische Recht — und nicht einmal das Recht selbst, sondern die bloße Kritik der Quellen — eine hohe Anziehungskraft ausübte, während manche rechtshistorische Fragen kaum aus dem Meßkatalog verschwanden, während die Thätigkeit eines Mannes wie Hugo sich schließlich in Untersuchungen über die tres partes, über das System des Gajus u. s. w. verlief, erfreute sich die Dogmatik einer verhältnißmäßig nur sehr geringen Pflege, und doch war sie gerade das Gebiet, wo der Kampf zwischen alter und neuer Jurisprudenz ausgekämpft werden mußte, das Gebiet, von dem aus jede neue Richtung in der Jurisprudenz allein Aussicht hat, in die große Masse zu dringen. Es blieb Savigny auch hier die eigentliche Aerndte vorbehalten. Wie eine epochemachende Leistung dogmatischer Art den Anfang seines thatenreichen Lebens bezeichnet hatte, so verherrlicht eine nicht minder bedeutende Arbeit derselben Art den Abend desselben. Fast gleichzeitig mit ihm betrat dasselbe Gebiet ein gefährlicher Rival, und wenn das Savigny'sche „System des heutigen römischen Rechts" in Bezug auf künstlerische Reproduction des Gegenstandes im wahren Geist der römischen Jurisprudenz alles Bisherige hinter sich läßt, so thut dieß die „Theorie des gemeinen Civilrechts" von Kierulff, was philosophische Durchdringung und geistvolle Ge=

staltung des Stoffs anbetrifft. Beiden Werken läßt sich nur ein Fehler zur Last legen, daß sie unvollendet sind; sie haben dies mit dem ihnen würdig zur Seite stehenden dritten bedeutendsten Werk der Gegenwart, dem Cursus der Institutionen von Puchta gemein. Der letztgenannte Schriftsteller, dessen frühen Tod ich zu den härtesten Schlägen zähle, die die Jurisprudenz in unserm Jahrhundert erlitten, war, wenn irgend einer, berufen, die fernere Bewegung in unserer Wissenschaft zu leiten. Mit dem Sinn und der Kenntniß des Historikers vereinigte sich in ihm ein spezifisch-juristisches Talent von seltener Schärfe, und für die eigentliche Verbreitung der juristischen Methode unter die große Masse hat sich Keiner ein solches Verdienst erworben, als er durch sein Lehrbuch der Pandekten. Mit ihm ist der durch Savigny begründete Fortschritt Gemeingut und sicheres Besitzthum der deutschen Jurisprudenz geworden.

So ist denn das früher Versäumte würdig nachgeholt, und die Dogmatik, wie es sich für eine practische Wissenschaft gebührt, in den Vordergrund getreten. Ihr wendet sich jetzt vorherrschend das Interesse zu, und ihr gehört der Markt. Wenn wir untersuchen wollen, wie sich die literarische Thätigkeit innerhalb des romanistischen Zweigs unserer Wissenschaft vertheilt, so werden wir finden, daß sich der bei Weitem größte Theil der Dogmatik zuwendet. Innerhalb der letztern ist nun zwar die niedere Jurisprudenz mit der Behandlung practischer Rechtsfragen, Controversen, der Veröffentlichung von Urtheilen u. s. w. quantitativ entschieden im Uebergewicht, namentlich in den vielen juristischen Zeitschriften und periodisch erscheinenden Sammlungen, allein dem innern Gewicht nach nimmt doch die höhere Jurisprudenz von Tage zu Tage mehr zu, und die Fragen, welche in der unmittelbaren Gegenwart vorzugsweise das

Interesse auf sich ziehen und die Geister beschäftigen, gehören sämmtlich ihr an. Hierzu rechne ich die namentlich von Buchka angeregte juristische Bestimmung der Stellvertretung im heutigen Recht — eine Lehre, zu der fast jedes Jahr einen Beitrag gebracht hat, und die auch von einer Seite, von der man sie bisher weniger in's Auge gefaßt hat, in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift figuriren wird — sodann die von Delbrück aufgeworfene Frage von der Uebernahme der Schulden, die so eben wieder eine neue Besprechung gefunden hat [5]), die Anerkennung als Verpflichtungsgrund von Otto Bähr (Obergerichtsrath in Fulda), eine Schrift, deren Verdienst sich nicht, wie das der Delbrück'schen, darauf beschränkt, eine practisch höchst wichtige Frage angeregt zu haben, sondern die in meinen Augen eine der werthvollsten Productionen der neuern Zeit ist, da sie die Verschmelzung der Wissenschaft mit dem Leben, die ja das Ziel unserer ganzen Jurisprudenz sein muß, in einer Weise erreicht hat, wie man es wenig andern Schriften vor ihr nachrühmen kann. Zu der Zahl dieser Fragen [6]) gehört vor Allem auch die Construction der Correalobligationen, an der sich jetzt Kuntze [7]) in der angeführten

5) Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts. Leipzig, 1856.

6) Die hereditas jacens — die arme, abgehetzte — taucht auch immer von Neuem wieder auf, so eben wieder in der Schrift von Kuntze.

7) Je freudiger ich das bedeutende Talent für juristische Construction, das sich in seiner Schrift ausspricht, anerkenne, und je mehr ich mir von demselben für die Zukunft verspreche, um so mehr muß ich es bedauern, daß der Verf. sich selbst den Erfolg seiner Schrift durch eine Darstellungsweise beeinträchtigt hat, die an Ueberschwenglichkeit, Verwegenheit, Maßlosigkeit und wahrhaft abschreckender Geschmacklosigkeit, kurz an stylistischer Trunkenheit alle bisherigen Leistungen in dieser Beziehung — und was ist uns darin bereits geboten! — weit hinter sich läßt und das Buch zu einem wahren literarhistorischen Curiosum macht.

Schrift in einer Weise versucht hat, die die Vertheidigung der herrschenden Lehre jedenfalls zu keiner leichten Aufgabe macht.

Vor nicht gar langer Zeit gehörte der Besitz ebenfalls dazu, und einige Fragen aus dieser Lehre, namentlich die: ob der Besitz ein Recht oder Factum, sodann die Frage vom abgeleiteten Besitz und die Bestimmung des animus domini erfuhren fast jährlich eine Bearbeitung. Ich will die Zahl dieser Beispiele nicht häufen. Wer die gegenwärtige Literatur mit einiger Aufmerksamkeit verfolgt hat, wird sich der Wahrnehmung nicht entziehen können, daß die Richtung auf juristische Construction in derselben immer entschiedener hervortritt [8]).

Die römischen Juristen haben uns noch genug zu thun übrig gelassen. Denn nicht bloß daß sie bei einer nicht geringen Zahl von Verhältnissen die Aufgabe überall nicht gelöst, wenigstens uns ihren Lösungsversuch nicht mitgetheilt haben, so fehlt es auch nicht an solchen Beispielen, wo ihre Ansicht einer Berichtigung oder Verbesserung fähig oder, mindestens gesagt, einer Prüfung zu unterwerfen ist [9]).

---

8) Unter den neusten Versuchen ist namentlich zu nennen der von Reuner in seiner Schrift über die heredis institutio ex re certa in höchst gelungener Weise gemachte Versuch einer civilistischen Erklärung der institutio ex re certa. Dagegen wird die neue Begriffsbestimmung der Servitut, die R. Elvers in seiner Monographie über diesen Gegenstand aufgestellt hat, schwerlich Proselyten machen.

9) Mit einem einfachen Wegwerfen der römischen Constructionen ist es jedoch nicht gethan — eine Bemerkung, die ich namentlich gegen Windscheid richte. Wollten wir seinem Beispiel folgen, wir würfen nicht bloß die römische, sondern die Jurisprudenz überhaupt über Bord. In seinem Aufsatz über die her. jac. in der münchner krit. Umschau B. 1 S. 181 ff. wundert er sich, wie man sich doch abmühen könne, der her. jac. eine vermögensrechtliche Persönlichkeit anzudichten; es sei ja Alles so einfach, die Rechte dauerten fort, der Begriff des Vermögens reiche vollkommen aus. Dies ist — mein verehrter Freund verzeihe mir — das Räsonnement eines Laien und

Dazu kommt aber der Umstand, daß viele tiefeingreifende Aenderungen erst in einer späteren Zeit erfolgten, welche das Bedürfniß oder die Fähigkeit einer juristischen Gestaltung des Stoffes nicht mehr besaß und diese Aufgabe mithin rein der neuern Jurisprudenz überlassen hat. Gesellen sich hierzu nun noch die Modificationen, die das römische Recht bei und seit seiner Reception erlitten, sowie die Productionen des modernen Verkehrs, insofern sie nach römischem Recht zu beurtheilen sind, so dürfte das Feld der Thätigkeit, das sich vor uns öffnet, eher zu groß als zu klein erscheinen.

Ich brauche dem Bisherigen nach nicht zu bemerken, daß

---

um nichts besser, als wenn Jemand sich wundern wollte, was doch die Naturforscher sich abmühten, das Brennen eines Lichts zu erklären; es sei eine Thatsache, was man mehr wolle? Entweder begnügen wir uns mit den bloßen Thatsachen überall, d. h. wir verzichten auf jede Jurisprudenz, oder aber wir suchen die Thatsachen auf Begriffe zurückzuführen. In letzteren Fall aber liegt in den Begriffen, die wir einmal haben, etwas Obligatorisches. Wenn wir also einmal die Obligation, das Eigenthum u. s. w. als Rechte eines Subjects auffassen, das Moment der subjectiven Zuständigkeit für ein dem Begriff des Rechts wesentliches erklären, so können wir uns bei der Thatsache, daß nach dem Tode des Erblassers die Rechte desselben ohne Subjekt fortdauern, nicht beruhigen, sondern entweder müssen wir unsere Definition von Recht ändern, so daß nach ihr die Existenz eines Rechts ohne Subjekt möglich erscheint, oder aber wir müssen uns das Mittel gefallen lassen, vermöge dessen die römische Jurisprudenz hier geholfen, die künstliche Annahme eines Subjects, die Personifikation der her. jac. Wenn Windscheid sich zu Letzterem nicht verstehen wollte, so mußte er den ersteren Weg einschlagen. Da er hierzu auch nicht den geringsten Ansatz gemacht hat, so schließe ich daraus, daß ihm das Dilemma, in dem sich hier zwar nicht der Bürger und Bauer, wohl aber die Wissenschaft befindet, und damit auch der Sinn und das Interesse der Frage, über die er abgeurtheilt hat, gar nicht klar geworden ist. Sein Protest gegen die Personifikation der her. jac. ist daher nicht sowohl ein Protest gegen die römische Jurisprudenz, als gegen die Jurisprudenz schlechthin.

unsere Zeitschrift weder zu den bestehenden in einen feindlichen Gegensatz tritt, noch überall die Prätension einer neuen Richtung erhebt. Sie erkennt die Art der literarischen Thätigkeit, die in jenen Zeitschriften wenigstens vorzugsweise vertreten ist, als durchaus berechtigt und nothwendig an, aber gerade in der reichlichen Vertretung, deren sich dieselbe in ihnen erfreut, findet sie einen Grund, dieselbe ihrerseits nicht noch zu vermehren, sondern ihre Spalten vorzugsweise den Aufgaben der höhern Jurisprudenz vorzubehalten. Daß rein rechtshistorische und kritische Arbeiten dem Zweck der Zeitschrift fremd sind, liegt schon in der in ihrem Titel hervortretenden Bezugnahme auf Dogmatik. Eine absolute Innehaltung der angegebenen Gränzen wird freilich kaum durchführbar sein; wir wollen daher auch nicht mehr versprechen, als daß wir die Verfolgung der angegebenen Tendenz stets als das eigentliche Ziel im Auge behalten werden.

Die Aufgabe der Gegenwart gegenüber dem römischen Recht besteht aber nicht bloß im Construiren, wovon bisher allein die Rede war, sondern auch im Destruiren. Wenn man sieht, wie manche Institute des römischen Rechts in der Doctrin noch heutzutage ein Scheinleben fristen, die das Leben längst thatsächlich zur Seite geschoben hat (z. B. die Infamie, die Klagen auf Privatstrafen), wie manche Regeln auf die Autorität des corpus juris hin als Sätze des geltenden Rechts figuriren, vor deren wirklicher Anwendung diejenigen, die sie lehren, hoffentlich selbst zurückbeben würden — Consequenzen römischer Geschäfts- und Klagformeln, starre Wortinterpretationen, wie sie den Instituten des jus strictum angemessen waren, verlorene Ueberbleibsel altrömischer Anschauungen, von welchen letztern selbst das spätere Rom kaum noch Kunde hatte, Ausflüsse von Prinzi-

pien, die wir nicht mehr anerkennen u. s. w. — kurz, wenn man diesen civilistischen Mumien-Cultus mit unbefangenem Auge betrachtet, ich meine, man kann sich kaum des Ausrufes enthalten, in den Justinian über eine ähnliche Erscheinung seiner Zeit, das dominium ex jure Quiritium, ausbrach[10]): nomen ex jure Quiritium ... nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Würde, um Lebender nicht zu gedenken und mein Beispiel von einem Mann zu entnehmen, der zu hoch in meinen Augen steht, als daß mein Tadel weder ihm, noch mir zum Nachtheil gereichen könnte, ich meine Puchta, würde er also wohl den Muth gehabt haben, folgenden Satz seiner Pandekten anzuwenden? „Die Wahl," heißt es dort in § 221, „geschieht unveränderlich an sich erst durch die Leistung bei dem Schuldner, durch die Klage bei dem Gläubiger; ist sie ausdrücklich auf den Willen gestellt, durch die Erklärung dieses Willens." Es handelt sich an jener Stelle um die Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. War das Wahlrecht ausdrücklich auf das „Wollen" gestellt (utrum volet), so war dasselbe durch Erklärung dieses Wollens consumirt, l. 54 § 9 de leg. I, mithin eine Aenderung der getroffenen Wahl späterhin unmöglich. Lautete hingegen die Stipulation: illud aut illud dari, so mußte eine streng wörtliche Interpretation, wie sie bei den Stipulationen bekanntlich hergebracht war, darin die Consequenz finden, die in l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) ausgesprochen wird: Licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo

10) l. un. Cod. de nudo jure Quiritium tollendo (7. 25).

quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest. Vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie war dies durchaus in der Ordnung und insofern weniger bedenklich, als jeder in Rom wußte, wie streng es mit der Interpretation der Stipulationen genommen ward, sich also vorsehen konnte. Nun versetze man aber jenen Satz in die heutige Zeit, in der uns das Prinzip einer solchen wörtlichen Interpretation unbekannt ist und wo namentlich von dem angegebenen Grund: quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest das gerade Gegentheil gilt, da in unserm heutigen Recht prinzipiell zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung kein Unterschied besteht. Man nehme an, ein Testator habe Jemanden das Haus des X, in dem er zur Miethe wohnt, oder ein Kapital von 10000 Rthlrn. vermacht, und der Legatar erklärt dem Erben, er wünsche das Haus. Letzterer kauft dasselbe vom X für einen hohen Preis; wie er es aber dem Legatar offerirt, nimmt jener seine Wahl mit Berufung auf l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) zurück. Oder aber der Schuldner hatte die Wahl zu treffen, und es handelt sich um Leistung einer Geldsumme oder einer bedeutenden Waarenlieferung. Er entscheidet sich nun für Letzteres, und der Gläubiger trifft inzwischen Anstalten zur Entgegennahme der Waaren, schließt Contrakte ab über den Transport, den weitern Verkauf u. s. w., und schließlich sollte der Schuldner sein Wort zurücknehmen können?! Es bedürfte für uns heutzutage nicht einmal der Bezugnahme auf l. 25 pr. de const. pec. (13. 5), die Puchta, wenn er sich einmal auf das reine römische Recht beschränken wollte, hätte anführen müssen: Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si velit

hodie fidem constitutae rei frangere, um ein solch tolles Resultat abzuwenden. Ich hoffe, daß kein heutiger Richter so sehr von allem gesunden Gefühl und practischen Takt entblößt sein würde, um in diesem Fall die l. 138 cit. zur Anwendung zu bringen, selbst wenn die heutige Anwendbarkeit derselben durch eine Berufung auf eine Autorität wie Puchta unterstützt werden sollte. Aber, daß sich für einen solchen Satz eine solche Autorität anführen läßt, daß ein darauf gebautes Urtheil die allgemeinste Entrüstung erregen und den angeblichen Werth des römischen Rechts in den Augen eines jeden verständigen Laien mehr als zweifelhaft machen würde, daß die Wissenschaft hier den Practiker geradezu zwingt, sich mit ihr in Widerspruch zu setzen — das, meine ich, zeigt doch, daß in unserer Theorie noch Manches faul ist.

Ich wähle ein anderes Beispiel. Der Testator vermacht seinem Neffen sein Landgut, bestimmt aber, daß seine Wittwe den lebenslänglichen Nießbrauch daran haben solle. Wie ist hier nach Puchta zu entscheiden? Die Wittwe und der Neffe bekommen jeder die Hälfte des Nießbrauchs. Unglaublich, wird jeder ausrufen, und mit Recht! Man vergleiche aber Puchta's Pandekten § 532 am Ende, dort ist dieser Satz wörtlich enthalten unter Verweisung auf l. 19 de usu et usufr. (33. 2) und mit Hinzufügung eines Grundes, der auf Puchta's eigne Rechnung kömmt, nämlich „da man nicht ohne Weiteres annehmen kann, daß der Testator das Eigenthumsvermächtniß durch jene zweite Verfügung auf die bloße Proprietät reducirt habe." Dieser Grund gehört zu denen, mit denen der Jurist im Zustande der Verzweiflung zu operiren pflegt, um das Unerklärliche zu erklären; in einem solchen exegetischen Nothstande ist ihm wie einem Ertrinkenden auch ein Strohhalm recht, um sich

daran zu halten. Jeder Unbefangene wird sich hier nämlich für das gerade Gegentheil des Grundes erklären. Weil der Testator seiner Wittwe den Nießbrauch vermacht hat, darum kann man nicht annehmen, daß er dem Neffen etwas Anderes hat zuwenden wollen, als die bloße Proprietät. Wie löst sich nun das Räthsel? Auch hier handelt es sich wieder nur um eine römische Formel. Wollte Jemand dem Einen den Usussfructus, dem Andern das Eigenthum vermachen, so lautete, wie jene Stelle angibt, die Formel dafür: Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato. Hatte er sich nun dieser Formel: detracto usufructu fundum lego nicht bedient, so folgerte man daraus, daß er jenes Resultat nicht beabsichtigt hatte, und dann concurrirten natürlich beide Personen im Usussfructus. Hatte er Letzteres aber in Wirklichkeit nicht gewollt, sich also nur in der Formel vergriffen, so konnte man, wenn man einmal nicht das ganze Formelwesen aufgeben wollte, den Mißgriff nicht ungeschehen machen. Und das sollte heutzutage noch gelten?!

Ein ähnliches Beispiel gewährt l. 15 § 7 de usufr. (7. 1), wo gesagt wird, der Eigenthümer könne selbst ne quidem consentiente fructuario eine Prädial-Servitut bestellen, d. h. die bloße Einwilligung war dazu nicht ausreichend, dagegen gab es einen formellen Weg, um das gewünschte Resultat zu erreichen (Aufgabe und neue Bestellung des usufr. und nach ersterer und vor letzterer die Errichtung der intendirten Servitut). Dieser formelle Weg ist heutzutage hinweggefallen, die Bestimmung der l. 15 cit. für uns unpractisch. Dafür erklärt sich auch Arndts, Pandekten § 179, Anm. 4, während noch Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht § 180, die Stelle für

practisch hält, indem er die Benutzung jenes Umweges auch für das heutige Recht verlangt.

Vom Standpunkt der Formularjurisprudenz war es ganz consequent, wenn man den Zusatz: si volet bei einem Legat nicht als müssigen Zusatz, sondern als Bedingung auffaßte (l. 65 § 1 de leg. I. 30). Dürfen wir aber mit Puchta § 539 Not. b auch diese Consequenz römischer Formularjurisprudenz als einen Satz des heutigen Rechts hinstellen? Auch hier haben wir ja abermals nur eine Anwendung der alten, für uns beseitigten Regel: expressa nocent, non expressa non nocent. Ich bestreite nicht die Möglichkeit, daß der Testator die Willenserklärung des Legatars als Bedingung setzen kann, also mit der Absicht, daß das Legat nicht auf die Erben transmittirt werden soll, wenn der Legatar vor der Willenserklärung stirbt, aber bei dieser Auffassung ist es eben der Wille des Testators, der das Resultat bewirkt, so daß also, wenn auch die obigen Worte gebraucht wären, aus den Umständen sich aber ergäbe, daß der Testator das Legat nicht als ein wirklich bedingtes beabsichtigt hätte, die Worte als müssiger Zusatz gelten müßten, während die römische Jurisprudenz auch in diesem Fall wie in dem obigen den Mißgriff in den Worten nicht hätte verzeihen können.

Was soll man ferner zu folgendem Satz in § 321 des Puchta'schen Lehrbuchs sagen: „daß die Accessionen der „Sache nicht schon stillschweigend als mit deponirt zu be„trachten sind, wohl aber bei einer versiegelten Kiste auch der Inhalt" (l. 1 § 5, 41 Depos. 16. 3)? Wer würde damit einen andern Sinn verbinden können, als daß der Depositar nicht für die Accessionen hafte (z. B. den Zaum und Sattel bei dem deponirten Pferde)? Und doch würde gewiß kein Richter Anstand nehmen, wenn das Pferd ohne culpa

des Depositars abhanden gekommen, dem Deponenten wegen des zurückgebliebenen Zaums und Sattels eine Klage zu geben. Was soll also jener Satz? Er hängt wieder mit der Formularjurisprudenz zusammen, ich meine mit der richtigen Formulirung der actio depositi, ob dieselbe nämlich lauten sollte auf „Pferd und Sattel," „Kiste und die darin enthaltenen (namhaft aufzuführenden) Gegenstände", oder „gesatteltes Pferd", „verschlossene Kiste" u. s. w.

Ein Testator bestimmt: „A soll mein Erbe sein; heirathet er sein Dienstmädchen, so soll er die Erbschaft an B herausgeben." Tritt die Bedingung ein, so erfolgt die Realisirung der Disposition durch Restitution der Erbschaft als Universalfideicommiß. Hätte der Testator gesagt: „so soll die Erbschaft an B fallen," oder „so soll A ihm die Erbschaft abtreten," so würde auch der ärgste Rigorist schwerlich bestreiten, daß hier ganz dasselbe eintrete. Wie nun, wenn er gesagt hätte: „so soll B die Erbschaft haben," oder „so wende ich sie dem B zu, so soll B an die Stelle des A treten" oder endlich: „so soll B mein Erbe sein?" In dem letztern Fall ist nach Puchta § 476 Not. g die Disposition nichtig, denn sie verstößt gegen den Satz: semel heres, semper heres. Die römischen Juristen erhielten die Disposition selbst bei dieser Fassung wenigstens in zwei Fällen aufrecht, nämlich im Soldatentestament, und wenn sie in einem Codicill vorkam [11]), in letzterm Fall in der Weise, daß sie die Bestimmung als Anordnung eines Universalfideicommisses auffaßten. Sie glaubten sich also in letzterm Fall wegen der freieren Natur des Codicills über den „rigor juris civilis" hinwegsetzen und der „voluntas testatoris" [12]) Raum

11) l. 76 ad SC. Trebell. (36. 1) l. 41 pr. de test. milit. (29. 1).

12) Es sind dies bekanntlich die beiden Ausdrücke, deren sich

geben zu dürfen. Was sie aber bei dem Codicill für möglich hielten, nämlich das Abgehen von der strengen Formel und die freiere Interpretation der gebrauchten Ausdrücke, ist das nicht schon durch die spätere kaiserliche Legislation zum allgemeinen Prinzip erhoben? Wenn nun auch die Compilatoren sich scheuten, die Entscheidungen der älteren Juristen im Sinne dieses Prinzips zu revidiren — eine allerdings colossale Arbeit — dürfen wir denn aber heutzutage derartige Ausflüsse römischer Formularjurisprudenz bloß darum, weil sie im corpus juris stehen, als gültige Rechtssätze anerkennen, da es doch eine unzweifelhafte Thatsache des modernen Rechtslebens ist, daß wir ein völlig anderes Interpretationsprinzip haben, ein Prinzip, zu dem alle bisher angeführten Entscheidungen unserer Quellen im schneidendsten Widerspruch stehen würden? Hat man sich mit Recht gegen die heutige Anwendbarkeit des römischen jus poenitendi bei Innominatcontracten erklärt, weil es sich mit der heutigen Structur dieser Contracte nicht mehr verträgt, wie will man denn die Aufrechthaltung jener Entscheidungen rechtfertigen, deren Unverträglichkeit mit unserm heutigen Interpretationsprinzip nicht minder auf der Hand liegt?

Wenn sich nun schon aus Puchta, dem es in der That weder an juristischem Takt, noch an dem philosophischen und historischen Sinn fehlte, das Einzelne im Zusammenhang mit seinem Prinzip zu erfassen, eine solche Blumenlese machen läßt — und ich könnte sie noch um manche Beispiele vermehren —, so braucht man nicht erst andere Schriftsteller zu vergleichen, um sich eine Vorstellung davon zu machen, was ein eifriger Romanist, dem es an jenen Eigenschaften

---

Ulpian, Fragm. XXV. § 1, zur Bezeichnung des Gegensatzes, um den es sich hier handelt, bedient.

Puchta's gebricht, aus dem corp. juris herauszulesen vermag, und ich muß gestehen, daß ich mich des Gefühls des Grauens nicht erwehren kann, wenn ich mir ausmale, welcher Unfug seit der Reception des römischen Rechts mit demselben getrieben, welche Verstand und Gefühl empörenden Urtheile auf die Autorität des corpus juris hin ergangen sein mögen. Während gerade das Studium des römischen Rechts uns ein Mittel geistiger Freiheit werden, uns in Stand setzen sollte, die Eingebung unseres Gefühls, welches sich gegen die Anwendung solcher spezifisch-römischen Rechtssätze sträubt, wissenschaftlich zu rechtfertigen und die heutige Unanwendbarkeit jener Sätze zu deduciren, ist umgekehrt das römische Recht für uns vielfach ein Mittel der tiefsten geistigen Sklaverei geworden. Eine derartige Benutzung des römischen Rechts, ein solcher blinder Buchstaben-Fanatismus, der nach Art der Inquisitions-Gerichte verfengend und brennend die wahre Lehre bethätigte, sie sind es, die den Gegnern des römischen Rechts zu allen Zeiten Waffen in die Hand gegeben haben, und so wenig ich im Uebrigen auch mit ihnen gemeinschaftliche Sache machen will, so verkehrt ich es halte, wenn man die Vorwürfe, die man den Romanisten machen sollte, gegen das römische Recht richtet — gegen das Messer anstatt gegen den, der uns damit verwundet — so sehr stimme ich doch in den Vorwürfen gegen jene Weise der Benutzung des römischen Rechts überein. Man könnte sie die Methode des orthodoxen Romanismus nennen. Die Schrift entscheidet! Was in der Schrift steht, gilt, und was nicht darin steht, gilt nicht! Das ist das Glaubensbekenntniß in seiner ganzen Nacktheit und Schärfe. Daß dieses Glaubensbekenntniß heutzutage noch von irgend Jemand unterschrieben werden sollte, bezweifle ich allerdings, allein daß

es gegolten hat, daß es Zeiten gegeben hat, wo Ulpian und Paulus, wenn sie wieder erschienen, darob verketzert worden wären, daß sie Rechtssätze aufstellten, die in keinem Gesetz zu finden und mit keiner Corpus-juris-Stelle zu belegen — Zeiten, deren Wahlspruch lautete: Juris consultus sine lege loquens erubescit, — wer wüßte das nicht? Es ist die Bemerkung gemacht, die neuere Geschichte des römischen Rechts bestehe in einem unausgesetzten Ausscheidungsprozeß. Ich halte keine Bemerkung für richtiger, und namentlich glaube ich, daß gerade die Gegenwart berufen ist, an dieser Ausscheidung einen hervorragenden Antheil zu nehmen. Auch hier muß ich abermals an Savigny anknüpfen, denn auch in dieser Beziehung hat er sich wieder an die Spitze der heutigen Jurisprudenz gestellt. Bis zum Erscheinen seines Systems war man gewohnt, bei ihm vor Allem ein strenges Festhalten am römischen Recht zu supponiren. Wie mußte man überrascht sein, zu finden, daß gerade er in so manchen Partien das römische Recht für beseitigt erklärte, die von andern Theoretikern noch sorgsam gepflegt wurden, z. B. bei der Infamie, den Privatstrafen. Keiner hat bisher mit jener romanistischen Orthodoxie mehr gebrochen, als er. Um so wichtiger war es, daß gerade er es that, als man ihm wenigstens nicht den Vorwurf jugendlichen Leichtsinns, mangelhafter Sachkenntniß oder der Abneigung gegen das Positive machen konnte. Die geistige Freiheit, mit der er dem Stoff gegenüber stand, und ohne die er einmal nicht der Savigny hätte werden können, bewährte sich auch darin, daß er wie kein Anderer vor ihm die practische Anwendbarkeit des römischen Rechts beschränkte. Wenn Jeder es mit mir als einen unersetzlichen Verlust beklagen wird, daß sein System keine Aussicht auf Vollendung hat, so beklage ich diesen Verlust namentlich

auch in der Beziehung, daß Savigny an jener Arbeit der fortgesetzten Ausscheidung des lebensunfähigen römischen Stoffes keinen Antheil mehr nehmen wird. Ein Urtheil aus seinem Munde hätte mehr Gewicht gehabt, als die eifrigsten Bemühungen von uns Andern, und wenn Savigny den Stab über die practische Gültigkeit eines Instituts gebrochen, die Praxis würde sich bereitwillig seiner Autorität gefügt, eine entgegengesetzte Ansicht jedenfalls einen schweren Stand gehabt haben.

Auch in der bisher angegebenen Beziehung gilt es nichts Neues, sondern nur dem Beispiele Savigny's zu folgen, auch hier also bin ich, wenn ich die Zeitschrift derartigen Bestrebungen zur Disposition stelle, weit entfernt, zu glauben, als steckte ich eine neue Fahne aus, und die obige Kritik, die ich statt gegen einen Andern gegen Puchta gerichtet habe, ist lediglich aus dem Motiv hervorgegangen, an einem unserer civilistischen Koryphäen zu zeigen, wie viel spezifisch Römisches unsere Doctrin noch in sich trägt, und wie viel mithin zu thun noch übrig bleibt. Diese Ueberzeugung und der Wunsch, für meinen Theil an dieser Aufgabe mit zu wirken, hat mir namentlich den Gedanken zu meinem Buch über den Geist des römischen Rechts eingegeben. Ich bin nämlich überzeugt, daß der Kampf, um den es sich handelt, oder will man lieber, daß die Auseinandersetzung der heutigen Wissenschaft mit dem römischen Recht nur zum kleinsten Theil in den Niederungen der einzelnen Rechtssätze und Rechtsinstitute vor sich gehen kann: Ist dieser oder jener Rechtssatz national-römisch und folglich unanwendbar für uns — wer könnte diese Frage beantworten? Die Differenz der modernen Rechtsanschauung, wie sie nicht etwa angeblich in diesem oder jenem Subject lebt — denn die respectire ich nicht — sondern wie sie

sich in den Thatsachen der modernen Rechtsbildung objectivirt hat, also die Differenz zwischen ihr und der römischen wird sich nur in den seltensten Fällen an einem einzelnen Rechtssatz zur Evidenz constatiren lassen. Ganz anders aber, wenn es uns gelingt, auf beiden Seiten das Prinzip, die Anschauung, der dieser und mit ihm eine ganze Reihe anderer Rechtssätze entsprungen sind, zu entdecken. Hier wird, Prinzip gegen Prinzip gehalten, die Sache sofort klar, und mit dem römischen Prinzip, dessen Antiquirung dadurch dargethan ist, daß ihm ein anderes und neueres gegenüber getreten ist, sinken auch alle seine Folgesätze. Hier heißt es also nicht mehr: lex, sondern principium posterius derogat priori. Die Untersuchung ist dann nicht mehr auf die Frage beschränkt: ob ein ganzes Rechtsinstitut des römischen Rechts, sondern ob und was an und in ihm aus dem Grunde unpractisch geworden, weil es einem spezifisch-römischen Prinzip angehört, wie z. B. in der Legatentheorie alle Ausflüsse des Formularprinzips. Diese Untersuchung setzt voraus, daß man das spezifische Römerthum im römischen Recht an der Wurzel erfaßt, dies ist aber nur möglich, indem man sich der Prinzipien und Anschauungen, aus denen dies Recht hervorgegangen, zu bemächtigen sucht, und auf diesen Versuch war es bei dem genannten Werk abgesehen.

Die Lösung jener Aufgabe einer Beseitigung der spezifisch-römischen Rechtsprinzipien durch Gegenüberstellung der ihnen widerstreitenden practischen Prinzipien des heutigen Rechts erfordert aber nicht minder eine prinzipielle Analyse der Institute des deutschen Rechts. Der Romanist kann, wenn er die Frage von der heutigen Gültigkeit des römischen Rechts in der obigen Weise beantworten will, der Rücksichtnahme auf das practische deutsche Recht gar nicht entbehren.

Die hin und wieder in sehr äußerlicher Weise versuchte Einigung des römischen und deutschen Privatrechts wird nur auf dem Wege angebahnt werden können, daß bei der dogmatischen Bearbeitung einzelner Lehren des römischen Rechts die Abweichungen des deutschen Rechts nicht sowohl erwähnt, als vielmehr innerlich in die Darstellung verarbeitet werden. Die Regel des römischen Rechts müßte also z. B. in einer Weise erweitert oder modificirt werden, daß zugleich die verwandten Institute des deutschen Rechts darunter paßten. Man werfe mir nicht ein, daß die Institute des einen und anderen Rechts von ganz verschiedenen Ideen ausgegangen seien. Dies ist unbestreitbar, aber nicht minder unbestreitbar, daß sie später zusammengetroffen sind und im Leben neben einander bestehen. Wie läßt es sich nun rechtfertigen, wenn man die Abstractionen und Regeln der römischen Juristen, die dem Recht ihrer Zeit durchaus entsprachen, dasselbe vollkommen deckten, in unveränderter Fassung beibehält, während doch das Recht der Gegenwart, nicht jene römische Hälfte desselben, sondern das einige aus den beiden Elementen zusammengesetzte Recht dieser Regel Hohn spricht? Die Regel ist eine Abstraction des thatsächlichen Rechts; ex jure, quod est, regula fiat [13]), sie hat sich mithin jeder Aenderung des thatsächlichen Rechts zu accommodiren, auf der Höhe der Zeit zu halten. Wie verträgt es sich damit, wenn der Romanist seinen Zuhörern Regeln vorträgt oder ihnen etwas als juristisch unmöglich deducirt, wie z. B. die Verknüpfung einer Verpflichtung mit einer Sache, die Richtung der Obligation auf eine zukünftige, d. h. ungewisse Person, wovon der Germanist ihnen hinterher das Gegentheil nachweist? Vom Standpunkt des heutigen Rechts aus kön-

13) l. 1 de R. J. (50. 17).

nen jene Regeln nicht anders als historische bezeichnet werden, jene römischen Ansichten über juristische Unmöglichkeit aber als Vorurtheile der damaligen Wissenschaft oder als Abstractionen vom damaligen Rechte. Man könnte erwidern, daß die Regeln und Deductionen des Romanisten eine Wahrheit nur in Bezug auf die noch geltenden Institute des römischen Rechts beanspruchen und mithin mit denen des Germanisten, die ihrerseits nur für die Institute des deutschen Rechts bestimmt seien, nicht in Widerspruch treten. Eine Theilung der Gebiete rücksichtlich des wissenschaftlichen Betriebs ist dem Gedeihen des Ganzen höchst förderlich, und ich meine nicht, als sollten wir sie bei unserm Rechte aufheben, aber etwas ganz Anderes ist es, ob es das Höchste und Letzte ist, wenn der Romanist, wie er es heutigen Tages noch thut und thun muß, auf seinem Gebiete in der Weise verfährt, als existire kein deutsches Recht? So sehr er sich also immerhin auf die rein römischrechtlichen Institute beschränken darf und muß, so sollten doch die obersten Regeln so lauten, daß sie nicht bloß ihnen, sondern auch den Instituten des deutschen Rechts Raum zur juristischen Entfaltung ließen, z. B. die über die Obligation so, daß die Papiere auf den Innehaber, die Reallasten, das Indossament in blanco ihnen gegenüber nicht als juristische Unmöglichkeiten erscheinen. Der Gattungsbegriff der Obligation, den der Romanist aufstellt, müßte also von vornherein so weit sein, daß er die beiden Spezies, die Obligation des römischen und deutschen Rechts umfaßte, und erst nachdem der Gattungsbegriff entwickelt, dürfte der Romanist sich der Spezies, die ihm ausschließlich zufällt, zuwenden. So wie die Sache heutzutage steht, hat die Wissenschaft zwei Spezies, aber keinen Gattungsbegriff, zwei Hälften, aber kein Ganzes. Man hat gesagt, das römische Recht habe für uns aufgehört, ein fremder Bestandtheil un-

seres Rechtslebens zu sein, allein ich kann diese Behauptung nicht eher zugeben, bis die Wissenschaft die obige Aufgabe gelöst hat. Dieser Zeitpunkt dürfte aber noch ziemlich fern liegen, da die Arbeit selbst eine gewaltige ist, so wenig sich im Uebrigen verkennen läßt, daß bereits in einzelnen Partien des Rechts, z. B. im Handelsrecht, sowie im Partikularrecht durch das würtembergische Privatrecht von Wächter ein Beträchtliches geleistet, ja daß selbst bereits der erste wirkliche, wenn auch encyclopädisch gehaltene Versuch zur inneren Verschmelzung beider Theile unseres Rechts gemacht ist[14]). Jene Aufgabe sichert unserer Jurisprudenz eine reiche Aerndte und eine genußreiche Zukunft, sie erschließt ihr ein weites Feld der interessantesten und edelsten Thätigkeit, einer ächt juristischen Production.

Fragen wir aber, ist denn die juristische Gestaltung des deutschen Rechts bereits so weit gediehen, daß wir auf eine Verschmelzung des römischen und deutschen Rechts so bald hoffen dürften, so wird wohl Niemand diese Frage bejahen wollen. In der That ist die eigentlich juristische Richtung auf dem Gebiete des deutschen Rechts noch so neu und jung, daß sie fast noch um ihre Existenz ringen muß. Wäre das Bedürfniß nach technisch-juristischer Gestaltung des germanistischen Rechtsstoffes allgemein und dringend empfunden, man würde nicht selbst sich die Befriedigung desselben durch die Angst vor dem s. g. Romanisiren erschweren. Mit diesem Wort kann ein durchaus berechtigter Vorwurf beabsichtigt, eine wirkliche Verirrung der juristischen Construction bezeichnet sein. Von Romanisiren sollte man aber nur da sprechen, wo der Rechtsstoff mit Verkennung seiner eigenthümlichen juristischen Natur unter den römischen Begriff gezwängt wird. Daß dieß

14) Von Blume in seiner Encyclopädie.

durchaus unstatthaft ist, bedarf keiner Bemerkung. Es ist dies aber nicht darum, weil man dem römischen Rechte das Mittel zur juristischen Construction entlehnt hat, sondern nur weil und insofern letztere selbst eine unzutreffende, verfehlte ist. Daß manche unserer rein deutschrechtlichen Institute sich vollkommen befriedigend aus Mitteln des römischen Rechts construiren lassen, wird wohl kein Verständiger läugnen. Wozu aber neue Begriffe postuliren, wenn die bereits vorhandenen vollkommen ausreichen [15])? Was sollte es auch releviren, ob z. B. der Begriff des Miteigenthums von den Römern früher als von uns erkannt und entwickelt ist und warum sollten wir diesen vorhandenen Begriff verschmähen, bloß weil er ein römischer ist? Ich bin der Ansicht, daß dieser Begriff uns z. B. zur civilistischen Structur einer Girobank das einzig ausreichende Mittel gewährt, und es möge mir verstattet sein, diese Ansicht, die so viel mir bekannt, noch nicht aufgestellt ist, mit Wenigem auszuführen. Man hat das Verhältniß der Bankinteressenten unter einander als Societätsverhältniß bezeichnet [16]), allein diese Auffassung halte ich nicht für zutreffend. Um sie durchzuführen, müßte man dem Societätsbegriff Gewalt anthun, ihn nämlich in einer Weise erweitern, daß von ihm wenig mehr übrig bliebe. Die Zahl der Interessenten bei der Giro-

15) Ueber das Gesetz der Sparsamkeit, sowie über die Voraussetzungen, unter denen die juristische Construction sich der Benutzung der vorhandenen technischen Mittel entschlagen darf, habe ich mich in dem Kapitel über die Technik in der demnächst erscheinenden zweiten Abtheilung des zweiten Bandes meines Werkes über dem Geist des römischen Rechts ausführlicher ausgesprochen, weßhalb ich hier einfach darauf Bezug nehme.

16) Wilda in seinem Aufsatz über die Banken im Rechtslexikon Bd. 1 S. 592.

bank und die Summe ihrer Einschüsse kann sich vermehren ohne Einwilligung der angeblichen Gesellschafter. Wie paßt dies zum Begriff der Societät? Der ganze Zweck des Verhältnisses ist nicht auf ein gemeinschaftliches Operiren gerichtet, denn jede einzelne Operation bezieht sich immer nur auf je zwei der Mitglieder, sie afficirt nicht die ganze Societät. Der Zweck ist vielmehr durch ein gemeinschaftliches Haben vollkommen erreichbar und die entsprechende Form für ein bloßes gemeinschaftliches Haben (welches eine Verminderung und Vermehrung der einzelnen Quoten durch vertragsmäßige Ueberlassung nicht ausschließt) ist das Miteigenthum [17]). Als Object des Miteigenthums erscheint hier der gesammte Metallvorrath der Bank. Wer ihn durch Einschuß einer Barre vermehrt, gibt das Eigenthum an letzterer auf und bekömmt dafür eine Quote des Eigenthums an der Gesammtmasse, oder da letztere sich in einzelnen Barren darstellt, ein dem Verhältniß seines Einschusses zu der Gesammtmasse entsprechendes (z. B. 1 zu 1000) Miteigenthum an jeder einzelnen Barre. Das Ab- und Zuschreiben auf der Bank enthält nun nichts als eine Verminderung und Vermehrung der einzelnen Quoten des Miteigenthums, eine Veräußerung unter Miteigenthümern,

17) Daß Miteigenthum ohne Societät, wie Societät ohne Miteigenthum möglich ist, ist bekannt. Ob aber nicht bei der vertragsmäßigen Begründung des Miteigenthums nothwendig eine Societät anzunehmen, könnte nach l. 2 pr. comm. div. (10. 3) und l. 25 § 16 fam. erc. (10. 2) zweifelhaft erscheinen. Die Consequenz ist dagegen. Denn wenn das bloße gemeinschaftliche Haben kein Societätsverhältniß begründet, wie sollte Letzteres eintreten, wenn der Wille der Parteien lediglich auf dies Haben gerichtet ist? Diese Consequenz wird denn auch in l. 31 pro socio (17. 2) anerkannt, und gerade die Girobank bietet uns für jenen auf ein bloßes Haben gerichteten Willen ein passendes Beispiel.

die natürlich, da jeder derselben zugleich Besitzer ist, einer Tradition nicht bedarf und mithin durch einen rein ideellen Vorgang (das bloße Schreiben) bewerkstelligt werden kann. In derselben Weise könnten sonstige Miteigenthümer ihre Zahlungen unter einander bewerkstelligen. So wie nun aber, wenn die Metallmassen verschiedener Eigenthümer zusammengeschmolzen werden, selbst ohne deren Wissen und Wollen Miteigenthum entsteht, so auch hier, wenn ein neuer Interessent ohne Wissen der übrigen eintritt und durch Einlieferung von Barren, um im Bilde zu bleiben, sein Metall mit dem der übrigen confundirt. Daß bei der Girobank die auf Uebertragung seiner Quote oder eines Theils derselben gerichtete Willenserklärung des Miteigenthümers eine besondere Form angenommen hat; daß die Miteigenthümer das Umschreiben nicht selbst vornehmen, sondern dies sowie die ganze Verwaltung der Bank durch eine Bankdeputation besorgen lassen, ändert natürlich an der juristischen Structur des Verhältnisses nicht das Mindeste. Alle Rechtssätze, die in Bezug auf das Verhältniß gelten, erklären sich auf völlig befriedigende Weise aus dem angegebenen Gesichtspunkt und nur aus ihm. Was sollte es nun releviren, ob der Gesichtspunkt im Gesetz selbst ausdrücklich ausgesprochen ist oder, wenn dies nicht der Fall, ob derselbe dem römischen Recht entlehnt ist? Oder soll man etwa sich auf eine bloße Schilderung des Verhältnisses beschränken[18]), eine juristische Erklärung desselben aber überall nicht versuchen?

Ich meine also, daß die Unterstellung eines modernen Verhältnisses unter einen römischen Gesichtspunkt an sich durchaus nicht beanstandet werden kann, und daß der Widerspruch dagegen nur dann berechtigt ist, wenn er zugleich den

18) So Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 388, Beseler, System des deutschen Privatrechts § 218.

Vorwurf einer verfehlten Construction enthält, also wenn es z. B. an der vollkommen juristischen Deckung fehlt, oder dieselbe sich nur in höchst gezwungener, gekünstelter Weise bewerkstelligen läßt. Um aber ein solches Urtheil zu fällen, muß man sich auf den Standpunkt des heutigen deutschen Rechts stellen, es genügt mithin nicht, daß das Verhältniß im älteren deutschen Recht eine andere juristische Gestalt an sich trug. Was könnte es z. B. für die juristische Analyse des Begriffs der Autonomie im heutigen Recht verschlagen [19]), daß für ihn in früherer Zeit die Idee einer legislativen Gewalt zu Hülfe genommen ward? Das römische Testament war in alter Zeit der Form wie der Sache nach ebenfalls eine lex, und manche Consequenzen dieses Gesichtspunktes erhielten sich noch zur Zeit der klassischen Juristen, aber wem von ihnen fiel es ein, darum für ihre Zeit das Testiren unter diesen Gesichtspunkt zu bringen? So darf auch die heutige Wissenschaft in der Autonomie einzelner Individuen (Mitglieder des hohen Adels und der ehemals reichsunmittelbaren Ritterschaft) kein legislatives Element mehr annehmen, sondern nur eine Steigerung der Autonomie, die man einem jeden Bürger zuschreiben kann, d. h. des Rechts der Begründung concreter Rechtsverhältnisse (seien letztere für vorhandene oder zukünftige Personen bestimmt). Wie könnte es ferner für die heutige Construction der Reallasten den Ausschlag geben, daß das ältere deutsche Recht bei ihnen von einer Gewere sprach? Ist die Gewere im heutigen Recht einmal abgestorben, so kann man dieselbe doch in der That weder als dogmatisches Erklärungsmittel benutzen, noch auch wenn es sich um die juristische

19) Wie Gerber im Archiv für civil. Praxis Bd. 37 S. 35 ff. sie versucht hat.

Erklärung des Instituts mittelst der Begriffe, die uns das heutige Recht darbietet, handelt, die Gewere in die Wagschaale werfen. Vom Standpunkt des heutigen Rechts erscheint vielmehr die Reallast als eine Verwirklichung des modernen Rechtsgedankens, in dem ich einen entschiedenen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht erblicke, daß Forderungen sowohl activ (Papiere auf den Inhaber) als passiv (Reallasten) in der Weise mit einer Sache verknüpft werden können, daß der jedesmalige Inhaber (Besitzer, Eigenthümer) derselben zugleich das jedesmalige Subject der (sei es bereits vorhandenen oder, wie ich annehme, erst durch Präsentation des Papiers oder Eintritt des Fälligkeitstermines bei der Reallast entstehenden) [20]) Forderung werde.

---

20) Da ich bezweifle, ob es mir so bald möglich sein wird, die im Text angedeutete Ansicht über die Papiere auf den Inhaber näher auszuführen, und ich mich bisher von der Unrichtigkeit derselben nicht zu überzeugen vermocht habe, so möge es mir verstattet sein, den Kern meiner Ansicht mit Wenigem anzugeben. Ich erblicke in dem Papier nur das rechtlich gesicherte Mittel zur Begründung einer Obligation, nicht die Obligation selbst. Der Inhaber des Papiers befindet sich zur Obligation in derselben rechtlichen Lage, wie der Delat zur Erbschaft, beide haben das Recht (durch Präsentation, Antretung) die Obligation oder Erbschaft zu erwerben, nur daß dies Recht in dem einen Fall übertragbar, im andern Fall unübertragbar war. Bei den Römern gab es jedoch auch ein Mittel, die Erbschaft, wenigstens die testamentarische, schlechthin übertragbar zu machen, nämlich dadurch, daß man statt des Erben dessen Sklaven einsetzte. Mit dem Sklaven konnte der Eigenthümer das Recht der Antretung der Erbschaft auf jeden Anderen übertragen. Der jedesmalige Eigenthümer des Sklaven war der jedesmalige Delat, und ich kenne kein Verhältniß des römischen Rechts, das ein passenderes Seitenstück zu unsren heutigen Papieren auf den Inhaber darböte. In beiden Fällen handelt es sich um eine durch die Sache (Sklave, Papier) ihrem Inhaber gewährte und mithin mit ihr übertragbare Möglichkeit, ein gewisses Rechtsverhältniß beliebig und jeder Zeit zu begründen. Ob man vor der Präsentation bereits eine Obligation als vorhanden annimmt oder nicht, ist practisch, soweit ich

Um nun auf den obigen Vorwurf des Romanisirens zurückzukommen, so erkenne ich denselben in dem angegebenen Sinn als vollkommen berechtigt an, und will auch nicht in Abrede nehmen, daß er in manchen Fällen, in denen man ihn erhoben hat, nicht unverdient sein mag, wie ich denn z. B. den Versuch, die Papiere auf den Inhaber vom Boden des römischen Obligationenrechts aus zu construiren, wie Thöl [21]) es neulich versucht hat, für unmöglich halte und nichts dagegen einwenden könnte, wenn man in diesem Fall von einem Romanisiren sprechen wollte. Um so entschiedener aber muß ich dagegen protestiren, wenn man die Richtung auf civilistische Construction, wie sie namentlich durch Thöl und Gerber in bedeutender Weise repräsentirt

---

sehe, auch nicht vom geringsten Einfluß. Denn will der Inhaber dem Schuldner gebenüber seinen Anspruch erheben, so entsteht ja auch sofort die Obligation. Um aber das Papier zu verkaufen, verpfänden und selbst, soweit dies möglich, zu vindiciren, ist die Annahme einer bereits vorhandenen Obligation keineswegs erforderlich. So wenig wie der Eigenthümer des Sklaven bei dem obigen Verhältniß, wenn er letzteren vindicirte, damit juristisch die Erbschaft vindicirte, ungeachtet ihm diese Vindication mittelbar das Recht auf die Erbschaft sicherte, ebenso wenig darf man in der Vindication des Papiers auf den Inhaber juristisch eine Vindication der Obligation finden. Der einzige Unterschied beider Verhältnisse, der aber die Vergleichbarkeit beider nicht im Wege steht, liegt darin, daß die Erwerbsmöglichkeit in dem einen Fall an das Eigenthum, im andern an das Innehaben der Sache geknüpft ist. Die Amortisation des Papiers auf den Inhaber erscheint als eine Restitution gegen den Verlust einer Erwerbsmöglichkeit (Analogie im röm. Recht: transmissio hereditatis ex capite restitutionis in integrum). Das Datum des für die Obligation bestellten Pfandes (Pfandschein) ist nicht der Tag der Präsentation des Papiers, sondern der Tag der Ausstellung, was nach Grundsätzen des deutschen Pfandrechts, welches Eintragung einer Hypothek in personam incertam oder futuram zuläßt, keine Schwierigkeiten macht.

21) Handelsrecht, Bd. 1 Aufl. 3. § 54 a u. f.

wird, schlechthin mit diesem Namen belegt. Denn was will diese Richtung anders, als eine juristische Gestaltung des einheimischen Rechtsstoffes, die Verwirklichung der juristischen Methode auf dem Gebiete des deutschen Rechts? Will man diese Methode, weil sie historisch zuerst bei den Römern zum Vorschein gekommen ist, die romanistische nennen, so wird die Jurisprudenz, so lange die Welt steht, eine romanisirende bleiben. Es gibt keine andere Methode, und so wenig es bei der mathematischen Methode etwas relevirt, ob sie uns von den Griechen oder Römern überliefert ist, ebenso wenig bei der juristischen. Das wirkliche Romanisiren ist nicht eine Folge dieser Methode, sondern umgekehrt ein Verstoß gegen dieselbe, denn es verstößt gegen das höchste Gesetz derselben, die Erforschung und Anerkennung der juristischen Individualität des zu construirenden Verhältnisses. In jenem fälschlich so genannten Romanisiren liegt die ganze wissenschaftliche Zukunft des deutschen Rechts, und es gibt kein sichereres Mittel, uns vom römischen Recht frei zu machen, als eben dieses. In demselben Maße, in dem uns die Anwendung dieses Mittels gelingt, wächst die juristische Anziehungskraft des deutschen Rechts und mindert sich das Uebergewicht des römischen. Es kömmt nur darauf an, dem juristischen Sinn und Bedürfniß innerhalb des deutschen Rechts überall dieselbe Befriedigung zu gewähren, wie sie an einer Partie desselben, dem Wechselrecht schon heutzutage möglich ist. Dies ist der wahre Weg, um das Uebergewicht des römischen Rechts moralisch zu brechen, während alle Appellationen an das nationale Gefühl, so lange der Jurist noch juristische Speise verlangt und sich nicht lediglich mit dem bloßen rohen Rechtsstoff oder mit Rechtsgeschichte abfinden läßt, wirkungslos bleiben werden. Dem römischen Rechte selbst die Waffen zu entnehmen, um es zu

bekämpfen, das ist das wahre Mittel zur Befreiung, und so ließe sich der Wahlspruch unserer heutigen Jurisprudenz in den Satz fassen: durch das römische Recht über das römische Recht hinaus. Dies soll auch der Wahlspruch unserer Zeitschrift sein; in ihm haben sich die beiden Herausgeber zusammengefunden, und wer in ihm mit uns arbeiten will, den heißen wir freudig willkommen.

Ich habe im Bisherigen den Weg anzudeuten versucht, den unsre Zeitschrift sowohl für das römische als deutsche Recht einzuschlagen gedenkt. Dieser Weg ist uns bereits durch Andre vorgezeichnet, die Zeit drängt mehr und mehr in ihn hinein, und eben darauf stützen wir unsere Hoffnung, daß unser Unternehmen als ein zeitgemäßes erscheinen werde. Das Ziel selbst liegt freilich noch unendlich weit entfernt. Je mehr wir von dieser Ueberzeugung durchdrungen sind, um so weniger verhehlen wir uns, daß unsere Zeitschrift das Werk im günstigsten Fall nur um ein Kleines fördern wird, und um so mehr fühlen wir uns zu der Bitte veranlaßt, daß das Publikum unser Unternehmen mit Nachsicht aufnehmen, den gegenwärtigen Geleitsbrief aber, mit dem ich dasselbe in die Welt einführe, betrachten möge: nicht als das Maaß, mit dem unsere Leistungen gemessen sein wollen, sondern als ein Programm, aus dem unser Streben entnommen werden soll.

II.

Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiß.

Von

Gerber.

1.

Das Institut des deutschen Familienfideikommisses gehört ohne Zweifel zu den interessanteren Erscheinungen, welche das neuere deutsche, oder besser germanische Rechtsleben hervorgebracht hat. Sein Reiz liegt vor Allem darin, daß es einen höchst eigenthümlichen Gedanken von sittlicher und gesellschaftlicher Berechtigung zur Geltung bringt; sodann aber auch in der Art und Weise, wie es jenen Gedanken durch eine völlig entsprechende Structur zu realisiren weiß.

Enthält schon die Befugniß des römischen Rechts, durch ein Testament über das Leben hinaus zu verfügen, eine ungemeine Steigerung der Persönlichkeit, so liegt eine solche in noch weit höherem Grade in der Anerkennung des Rechts zu Dispositionen, wie sie im deutschen Familienfideikommisse gestattet sind. Während es sich dort in der Hauptsache nur um die Feststellung des nächsten Schicksals eines Vermögens beim Eintritt des Todes handelt, so wird hier der Bestand

eines solchen für eine unbegränzte Zukunft mit unantastbarer Rechtsverbindlichkeit angeordnet. Es verlohnt sich wohl, nach der eigentlichen Idee zu fragen, welche dieser Erweiterung der Möglichkeit, Willensakte mit einer über den Tod hinaus wirkenden Kraft vorzunehmen, zu Grunde liegt.

Sprechen wir es gleich von vorn herein aus, es erscheint uns das Recht des Familienfideikommisses als eine Forderung der privatrechtlichen Freiheit, nicht in ihrer abstracten Erscheinung, sondern so wie sie sich als der Ausdruck des sittlichen Denkens der neueren germanischen Welt kund giebt. Es hat Jemand ein Vermögen erworben, er hat es mit Mühen und Sorgen zusammengebracht, an allen Theilen desselben haften die Spuren redlichster Arbeit und verdienstvollen Wirkens; er betrachtet dieses Vermögen als den realen Ausdruck seiner Persönlichkeit, und so wie ihm diese selbst werthvoll erscheint, so wünscht er auch jenes in seiner Bedeutung zu erhalten; er will, daß es nicht schon in der übernächsten Generation zerstreut sei, daß nicht gar bald die einzelnen Stücke desselben ohne Erinnerung ihrer Herkunft besessen werden, sondern Alle, denen es zufällt, sollen gedenken, daß sie in diesen Gütern die irdische Summe der Thätigkeit ihres wohlwollend stiftenden Ahnherrn übernommen haben; er selbst will gewissermaßen nach vollbrachter Arbeit, das Maß der menschlichen Zeitgränze überschreitend, mit allen zukünftigen Gliedern seiner Familie in unmittelbaren Verkehr treten, sie die Ungeborenen rufen, so daß seine Stimme nach Jahrhunderten noch in ihrer Ursprünglichkeit vernommen wird.

Daß die Möglichkeit, so zu verfügen, für Menschen von reicher Willensanlage ein inneres Bedürfniß sein kann, wird schwerlich in Abrede gezogen werden dürfen. Es ist die Sehnsucht, inmitten des ewigen Wechsels der Dinge die

Wirkung seines Einzeldaseins durch einen Akt der Liebe auch für kommende Geschlechter bedeutungsvoll zu erhalten. Beruht doch nicht selten auf dieser Empfindung die Stiftung für Zwecke allgemeiner Wohlthätigkeit, und das Familienfideikommiß trägt den Gedanken der Stiftung in sich. Das genugthuende Gefühl, seine Persönlichkeit so auch in der Zukunft anerkannt zu wissen, darf nicht schon an und für sich in das Bereich von Antrieben tadelnswerther Eitelkeit verlegt werden, sondern kann als der Ausdruck eines sittlichen Selbstgefühls seine volle Berechtigung haben.

Aber immerhin würde diese der rein subjectiven Empfindung zugewandte Betrachtung nicht genügen können, um ein Institut zu rechtfertigen, das der privatrechtlichen Freiheit einen so unbegränzten Spielraum gewährt, wenn nicht seine praktischen Wirkungen selbst ihre volle objektive Rechtfertigung in sich trügen. Wäre dieß nicht der Fall, so könnte man leicht zu der Ansicht kommen, daß jene Steigerung der Persönlichkeit am Ende doch nur einem individuellen Gelüste zu Gute käme.

Ich weiß nicht, ob irgend Jemand schon die Bedeutung besprochen hat, welche für die Erhaltung und Fortsetzung nationaler Kultur bei einem lebenskräftigen Volke in den architektonischen Denkmälern des vaterländischen Bodens liegt. In diesen Monumenten, wie sie aus älterer und neuerer Zeit mit der eigenthümlichen Physiognomie ihrer Periode in die Gegenwart hineinragen, wird dem Geiste der künftigen Geschlechter von vorn herein eine geschichtliche Perspektive eröffnet, die das allmähliche Werden und Entwickeln in leicht zu deutenden Marksteinen anschaulich macht. Ohne diese sichtbaren Spuren einer uns angehörenden Vergangenheit würde die Tradition früherer Kulturbestrebungen auf sehr unsicherer Grundlage beruhen, und das so wün-

schenswerthe Bewußtsein eines Zusammenhangs der Gegenwart mit der Arbeit unserer Vorfahren würde schwerlich im Volke lebendig bleiben. So ist das Vaterland mit allen seinen äußeren Denkzeichen gewissermaßen selbst ein großes Fideikommiß, gestiftet und immer fortgesetzt für die Gesammtfamilie des Volkes. Eine ganz ähnliche Betrachtung veranlaßt die erfahrungsmäßige Bewährung der Idee des Familienfideikommisses. Wenn es ein sittlicher Vortheil ist, daß die wechselnden Generationen einer Familie sich ihres Zusammenhangs im Denken und Handeln bewußt sind, so kann dieser durch Nichts besser als durch unser Institut erreicht werden.

Ein größeres ländliches Grundstück mit den erforderlichen Baulichkeiten ist gestiftet; jeder Nachfolger, der es genießt, weiß, welchem Ahnherrn er es verdankt; noch nach Jahrhunderten kehrt der Enkel einer abgezweigten Linie zu dieser Heimath der Stammfamilie zurück, welche die Merkmale des Wirkens und Schaffens so manchen Geschlechts an sich trägt. Er schließt sich einer Reihe von Vorfahren an, die in guten und bösen Tagen hier ausharrten, er erkennt darin eine sittliche Steigerung seiner Persönlichkeit. Es ist die Individualität der Familie in der Geschichte, welche durch das Familienfideikommiß getragen wird. So wie sich der Nachfolger bewußt ist, daß er nicht ein ihm plötzlich zugefallenes Vermögen erworben hat, sondern das seit Jahrhunderten gepflegte Erbe seiner Vorfahren, so ist er sich andererseits auch bewußt, daß er das gestiftete Vermögen nicht seinem individuellen Belieben opfern darf, daß er es im Geiste seiner Vorfahren gebrauchen und nützen soll, und daß sein Genuß fortwährend durch jene höhere Fügung begränzt wird, welche ihn auch den kommenden Geschlechtern erhalten will. Er hat mit dem Besitze auch eine Summe

sittlicher Pflichten übernommen; sein Besitz ist in Wahrheit zugleich Beruf. Jeder Nachfolger findet eine fertige Basis, die zur Fortsetzung des Werks auffordert, und die Funktion des Stammguts deutet zugleich auf besondere Pflichten der Mäßigung und Selbstbeschränkung. So kann und soll unser Institut im Leben wirken; es repräsentirt eine eigenthümliche Form des in unserer Zeit so wichtig befundenen Princips der Socialität, es organisirt die ergänzende Gemeinschaft der Generationen einer Familie. Gewiß bedarf es für Denjenigen kein weiteres Wort der Rechtfertigung, der überhaupt in der Lage war, den Werth der festen Begründung einer ununterbrochenen Verbindung von Individualexistenzen in der allgemeinen Fluth menschlicher Dinge zu beobachten. —

Es ist oben die Verwandtschaft des Familienfideikommisses mit der Stiftung hervorgehoben worden. Beiden Instituten ist der Gedanke gemeinschaftlich, daß ein Vermögen für unangreifbar erklärt und der Befriedigung bestimmter Interessen der Zukunft gewidmet wird. Aber auf der anderen Seite findet zwischen beiden eine erhebliche Verschiedenheit statt, deren Erkenntniß zur Charakteristik des Familienfideikommisses ungemein dienlich ist. Bei der Familienstiftung wird eine juristische Person geschaffen; ihr gehört das Vermögen, die Bedachten sind nur Gläubiger, denen ein fremdes Subjekt gewisse Leistungen zu machen verbunden ist. Bei dem Familienfideikommiß sind die Nachfolger selbst die Eigenthümer des gestifteten Guts, und jeder von ihnen fühlt sich als wirklichen Herrn desselben. Indem der Nachfolger das Fideikommißgut in seine vollständige persönliche Herrschaft aufnimmt, wird er jener volleren Befriedigung theilhaftig, die das Bewußtsein des Rechts zu selbständigem Schalten und Walten gewährt,

und vermag, was bei dem bloßen Genuß der aus fremder Stiftungsverwaltung fließenden Renten so nicht möglich ist, zugleich jenem natürlichen und berechtigten Triebe Genüge zu leisten, auch seinerseits eine wirkungsreiche Thätigkeit auf die Verbesserung des Guts zu verwenden, die bei den kommenden Geschlechtern eine dankbare Erinnerung sichert. So ist das Familiengut keine todte Masse, die, einmal geschaffen, immer dieselbe bleibt, sondern ein lebendiger Baum, der unter der sorgsamen Pflege der Nachfolger fort und fort mit der Familie wächst und gedeiht. Allerdings ist nun diese individuelle Herrschaft jedes Nachfolgers eine durch die höhere Fügung der nothwendigen Erhaltung des Fideikommisses gebundene; aber diese Beschränkung ist keine drückende, sondern in dem gesteigerten Familienbewußtsein selbst gegebene. — Dieser bedeutende innere Unterschied des Familienfideikommisses und der Stiftung ist oftmals übersehen worden; eine einzelne Form dieser Vermischung war unter Anderem die Ansicht, welche das Eigenthum oder das s. g. Obereigenthum an jenem der Familie als juristischer Person beilegen, und dem Inhaber nur einen Nießbrauch oder ein s. g. Nutzeigenthum gewähren wollte, — eine Ansicht, die, abgesehen von ihrer sonstigen Unhaltbarkeit, den inneren geistigen Gehalt des Instituts in einer der wichtigsten Beziehungen unberücksichtigt läßt.

In der Regel faßt man die Idee des Familienfideikommisses so auf, daß man als Zweck desselben „die Erhaltung des Namens und Glanzes der Familie“ bezeichnet. Diese Auffassung ist eine einseitige und äußerliche. Jener Rücksicht würde ebenso gut auch durch eine Familien**stiftung** genügt werden. Der viel tiefere Gedanke einer Schöpfung, die, wie sie das Gepräge der Persönlichkeit des Stifters an sich trägt, so auch die Zeichen einer fortgesetzten individuellen

Thätigkeit nachfolgender Inhaber, einer Schöpfung, die von vorn herein als der Boden einer Familiengeschichte gemeint ist und den Zusammenhang vergangener und künftiger Geschlechter in der sichtbarsten Weise vermitteln soll, — dieser Gedanke wird bei jener äußerlichen Betrachtung unberücksichtigt gelassen. Noch weniger wird das Wesen des Instituts begriffen, wenn man, von jenem tendenziösen Momente abstrahirend, nur die Unveräußerlichkeit des Gütercomplexes hervorhebt. Diese will nur ein anderes selbständiges Ziel vermitteln, so wie sie denn überhaupt auch in ganz verschiedenen Verbindungen vorkommt und ganz anderen Zwecken dienen kann.

In dem Umstande, daß die Idee des Familienfideikommisses bisher selten richtig erfaßt worden ist, darf auch wohl einer der Gründe für die vielfachen Anfechtungen gefunden werden, welche das Institut namentlich in neuerer Zeit zu erleiden hatte. Ich übergehe hier ganz den Angriff, der aus dem democratischen Streben auf Vernichtung des Adels und seiner Grundlagen hervorgeht, und in der französischen Gesetzgebung seinen Vorgang hat. Es möge hier nur die Bemerkung Raum finden, daß zwar die Idee des Instituts ohne Zweifel das Lebensprincip des Adels einschließt, daß aber, wie die obige Darstellung zeigt, seine Bedeutung keineswegs in dem Dienste für die Interessen dieses politischen Standes erschöpft wird, indem es vielmehr einen Gedanken von allgemein menschlicher Berechtigung zur Geltung bringt. In der Aufhebung des Familienfideikommisses liegt vor Allem eine Verminderung des Rechtsstoffs, mithin eine Schmälerung der privatrechtlichen Freiheit, nicht bloß ein Angriff gegen den Adel. Ebenso übergehe ich die Anfechtungen Derer, welche die größtmögliche Güterzertrümmerung als das Ideal agrarischer Zustände und mithin die Gebun-

denheit des fideikommissarischen Grundeigenthums als volkswirthschaftlich nachtheilig betrachten; von selbst versteht es sich übrigens, daß die Gesetzgebung allerdings Ursache haben kann, einer Ueberschreitung des natürlichen Maßes in diesem Abschluß des Grund und Bodens (durch Festsetzung eines Minimum und Maximum) zu begegnen.

Weit gewichtiger erscheint uns von unserem Standpunkte aus der Einwand, der von der objectiven Freiheit des Eigenthums genommen wird. Während das römische Recht dem Testator nur die Befugniß gewähre, über sein Recht zu disponiren, führe das Familienfideikommiß zu der Macht, den absoluten Inhalt des Eigenthums für alle Zeiten zu schwächen, das Grundeigenthum in eine völlige Erstarrung zu versetzen und der Zukunft für alle Zeiten eine unnatürliche Fessel anzulegen [1]). Dieser Einwand würde in vollem Maße begründet sein, wenn die Befugniß, Familienfideikommisse zu errichten, ohne alle Beschränkung in der Art und Größe des zu bindenden Vermögens frei gestellt wäre; dieß ist aber bekanntlich nicht der Fall. Sodann wird jener Vorwurf, wie mir scheint, durch die Betrachtung entkräftet, daß die Unveräußerlichkeit, wie sie das Familienfideikommiß will, nicht als eine inhaltlose, bloß bevormundende Beschränkung aufgefaßt werden darf, da sie vielmehr nur die Form eines wahrhaft positiven Gedankens ist, der Erhaltung der Continuität des Familienbewußtseins, und so lange nicht als drückende Fessel wird empfunden werden, als dieser Gedanke in den nachfolgenden Generationen lebendig bleibt. Auch hat das Grundeigenthum in Deutschland niemals als ein Recht von schrankenloser Freiheit ge-

1) Jhering, Geist des röm. Rechts, 2. B. S. 238.

golten, es ist von je her durch einen Zusatz politischer oder sittlicher Pflichten besonderer Art gebunden gewesen; es hatte nicht bloß den Charakter eines ausschließlichen Rechts, sondern mehr noch den eines Amts. Es ist das eine der wirksamsten Grundideen des deutschen Rechts, die sich durch den ganzen Verlauf seiner Entwicklung verfolgen läßt, und bei der Construction unserers heutigen Rechts nicht übersehen werden darf.

Man hat wohl das englische Familienfideikommißrecht, wie es sich in der neusten Zeit gestaltet hat[2]), aus eben dem Grunde gerühmt, daß hier die Freiheit der künftigen Generationen nicht gebunden werde; man weiß, daß in England ein Fideikommiß nur auf die Lebenszeit des Stifters, bez. die Volljährigkeit des Nachfolgers wirkt, daß es daher, damit es in seiner Fortdauer gesichert sei, immer von Neuem durch eine höchst künstliche Manipulation regulirt werden muß. Man kann zugeben, daß diese Einrichtung den Vortheil hat, die Berücksichtigung der vom Stifter nicht vorausgesehenen zufälligen Wechselfälle der Verhältnisse offen zu lassen. Aber auf der anderen Seite scheint mir bei der Willkürlichkeit in dieser steten Erneuerung der Stiftung eins der wesentlichsten Elemente der Idee des Familienfideikommisses, die wirkliche Continuität der Succession und das Bewußtsein davon verloren zu gehen. Auch darf bei einem Vergleiche des englischen Instituts mit dem deutschen nicht vergessen werden, daß jenes in dem allgemeinen gesetzlichen Alleinerbrechte des Erstgeborenen am Grundeigenthume eine sehr bedeutende, dem deutschen Rechte fehlende Ergänzung findet.

---

2) S. Helferich in der Tüb. Zeitschr. f. Staatswissensch. Jahrg. 1854 S. 123 flg.

2.

Wir haben uns in dem Bisherigen auf einen Standpunkt gestellt, der das Institut als ein der Gegenwart angehörendes erscheinen läßt, wie es eine der verschiedenen Möglichkeiten des privatrechtlichen Wollens realisirt. Es soll nun aber auch ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung desselben geworfen werden. Hierbei wird eine doppelte Betrachtung nothwendig: auf der einen Seite in Bezug auf die Frage, wann und unter welchen Umständen die Neigung entstanden sei, dasjenige zu verwirklichen, was wir als die Idee des Instituts hingestellt haben, auf der andern Seite in Bezug auf die Frage, wann und unter welchen Umständen man das Familienfideikommiß als die Rechtsform jenes Wollens ausgebildet habe. Nicht selten hat man diese verschiedenen Seiten der Untersuchung vermischt oder die letztere in überwiegendem Maße in den Vordergrund gestellt.

Im deutschen, wie in den meisten Rechten germanischen Ursprungs bestand bekanntlich der Rechtssatz, daß ohne Einwilligung der nächsten Erben eine Veräußerung des Grundeigenthums unzulässig sei; sie wurde für nichtig erklärt und zwar mit der Wirkung, daß der nächste Erbe sich des Veräußerten sofort unterwinden durfte. Es ist bekannt, welche Rolle dieser Satz, den man als das Stammgutsprincip bezeichnet, in dem gesammten Güterrechte des Mittelalters spielt, wie er in alle Richtungen des Vermögensrechts hineingreift. An diesen Rechtssatz hat man in der Regel auch angeknüpft, wenn man den Ursprung des Familienfideikommisses darlegen wollte.

Wie man nun auch immerhin über das Alter und den Umfang dieses s. g. Stamm= oder Erbgutsprincips denken möge, darin wird man allgemein übereinstimmen können, daß im älteren deutschen Rechte die Idee einer Gesammtbe=

rechtigung der Familie am Grundeigenthum vorhanden war. Es ist der Gedanke, daß eine Familie, um als solche mit voller öffentlicher Berechtigung in der Volksgenossenschaft zu gelten, nothwendig eine gemeinsame heimathliche Stätte, einen Stammsitz haben müsse; denn Antheil am Grund und Boden, Landaktie, ist die Bedingungung politischen Rechts. Die Art, wie nun das deutsche Recht diesen Gedanken ausführt, ist eigenthümlich; während das slavische Recht ein wirkliches Gemeineigenthum der Familie in allen ihren Gliedern, also ein Nebeneinander der Familienrechte festsetzt, unterscheidet das deutsche Recht nach dem Charakter seines Individualitätsprincips zwischen dem gegenwärtigen wirklichen Eigenthümer und den nur zuwartenden Erben. Auch für diese ist das Gut die gemeinsame Stätte, der sie sich zuschreiben, aber ihr Recht wirkt zunächst nicht in der Form des Miteigenthums, sondern in der der eventuellen Befugniß. Allein auch ohne die genießenden Eigenthümer zu sein, haben sie schon unmittelbar gegenwärtige Vortheile; sie dürfen sich als die Glieder einer auf Grundeigenthum wohl fundirten Familienverbindung fühlen, und dieser Vortheil soll nicht durch die Willkür des jetzt besitzenden Eigenthümers können verloren werden. In der Natur der Verhältnisse liegt es aber, daß in diesem Gedankenkreise als Familieneigenthum vorzüglich das ererbte im Gegensatze des neu erworbenen angesehen wird, und ebenso, daß jene Rechte vor Allem den männlichen Mitgliedern der Familie zukommen.

Am meisten ausgeprägt finden sich diese Ideen in der Rechtssphäre der vollfreien Geschlechter, z. B. in dem Institute des Handgemals, wie es Homeyer so anschaulich geschildert hat. Sie haben sich ferner in fast vollständiger Ursprünglichkeit erhalten in dem späteren adeligen Stamm-

gute im engeren Sinne des Wortes. Selbst die Besitzrechte, welche den Charakter der Leihe hatten, vor Allem das Lehen, wurden im Laufe der Zeit von jenen Ideen ergriffen und mit allmählicher Schwächung der Dispositionsrechte des Verleihers in eigentliches Familiengut verwandelt. So finden wir vor dem Eindringen des römischen Rechts überall in Deutschland das Grundeigenthum durch Familienrechte mehr oder weniger gebunden; ganz allgemein herrschte die Idee der Nothwendigkeit einer unverbrüchlichen Fortdauer des angestammten Grundbesitzes bei der Familie im Bewußtsein des Volkes. Und dieß ist in Wahrheit der Stoff, aus dem sich das spätere Institut des Familienfideikommisses entwickelte, freilich nicht unmittelbar, sondern in allmähligem Uebergange.

Um diesen Uebergang in voller Klarheit zu erfassen, muß man sich die alle Verhältnisse ergreifende Umwandlung des deutschen Lebens vergegenwärtigen, welche mit dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts beginnt und sich mehrere Jahrhunderte hindurch fortsetzt. Ich meine vor Allem die Zerstörung des socialen und politischen Standes der Schöffenbarfreien, als des eigentlichen Mittelpunktes des älteren deutschen Rechts; seine Zersprengung in höchst verschiedenartige Elemente und sein allmähliches Verschwinden hinter den neuen Bildungen geschlossener Stände, vor Allem des niederen Adels und des eigentlichen Bürgerstandes. Sowie früher die Verhältnisse der Schöffenbarfreien, so sollten nun die Verhältnisse des Bürgerstandes das eigentliche Territorium für die Normalverhältnisse des Privatrechtes abgeben. Aber gerade in der eigenthümlichen Idee dieses Standes entwickelte sich ein Gegensatz zu den Voraussetzungen, aus welchen früher jene Gebundenheit des Grundbesitzes im Interesse der Familienglieder hervorgegangen war; was ehedem

der Zusammenhang mit einer auf uraltem Erbgute wurzelnden Familiengenossenschaft bedeutet hatte, gewährte dem städtischen Bürger der allgemeine corporative Verband der Stadtgemeinde, und indem in ihm nach und nach das Bewußtsein der rechtlich wirksamen Anrechte der Familie auf den angestammten Grund und Boden erlosch, verschwand jenes alte Rechtsprincip überhaupt aus dem gemeinen Rechte der Zeit. Anders war es bei dem Adel, als demjenigen Stande, der im Wesentlichen die Traditionen der alten Schöffenbarkeit bewahrt hat. Sein ganzes inneres Wesen schloß auch jetzt noch die Idee einer Einheit der Familie in dem gemeinsamen Stammgute ein. Wo dieses nun, wie in den meisten Fällen, Lehen war, ergab sich aus dessen Natur von selbst eine Befriedigung jener Idee, wo es aber Allod war, schien mit der Erschütterung des ganzen Zusammenhangs jener alten socialen Verhältnisse, aus denen das Erbgutsprincip hervorgegangen war, in dem Rechte selbst eine Garantie der Erhaltung für die Familie nicht mehr gegeben und das Leben jener Zeit bestätigte dieß durch zahllose Fälle der rücksichtslosesten Veräußerungen und damit der Vernichtung der Grundlagen, auf denen bisher der Bestand ritterbürtiger Familien geruht hatte. Eine Reaktion war hier natürlich; das Lehen in seiner Gebundenheit erschien nun als das normale Gutsverhältniß des Adels, und das Allod wurde ihm durch ausdrückliche Festsetzung als unveräußerliches Stammgut nachgebildet.

Man sieht, es handelt sich hier um das Einlenken in eine schon halb verlassene Bahn. Aber zwischen diesem neuen Rechtszustande und jenem alten herrschte ein bedeutender Unterschied. Während ehedem die Gebundenheit des Familienguts in naiver Ursprünglichkeit als ein von selbst aus der ganzen Art des socialen Organismus hervorgegangenes Er-

gebniß bestand, war es jetzt das Produkt einer Absichtlichkeit, deren Beweggründe damals zu einem großen Theile nur noch in den besonderen Interessen bestimmter Stände lagen. Voran gingen die fürstlichen Familien, denen aber gar bald auch Familien des niederen Adels folgten. Unverkennbar ist es aber immer, daß dieses neue Binden des Grundeigenthums kein improvisirtes war, kein Gedanke von bloß rationellem Ursprunge, sondern eine alte Fügung, die nur durch eine von den veränderten Zeitverhältnissen gebotene Energie erneuert wurde. —

Fragen wir nun, in welchen rechtlichen Formen dieser Wille geltend gemacht wurde, so würde freilich die Antwort weit von der Wahrheit abirren, welche schon die Geschäfte jener Art aus dem vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert dem Institute des Familienfideikommisses unterstellen wollte. Wir finden in den meisten Fällen eine Willenserklärung des Inhalts, daß gewisse Güter unveräußerlich bleiben und auf den Mannsstamm vererbt werden sollen; bald ist es ein Testament, in welchem die Disposition ausgesprochen wird, bald eine Urkunde über die vertragsmäßige Einigung mehrerer Agnaten, unterstützt durch weibliche Erbverzichte. Ein Bedürfniß, Dispositionen über das gegenwärtige oder künftige Schicksal eines Vermögens nach den objectiven Regeln bestehender Rechtsinstitute einzurichten, ist in dieser älteren Periode des deutschen Rechtslebens noch wenig vorhanden. Es ist erst die Eigenthümlichkeit einer neueren Zeit, das rechtliche Handeln als die praktische Verwirklichung objectiver Rechtsnormen zu betrachten, in denen der Maßstab für die Gültigkeit jenes gefunden wird. Damals handelte es sich überall noch um jene freien Dispositionen, die, wie Zasius bemerkt, nec sunt testamentum, nec codicillus, nec plane pactum, sed voluntas in genere, beruhend auf der

einzigen Grundlage einer allgemeinen, noch nicht zum Rechte consolidirten Sitte [3]). Die Jurisprudenz jener Zeit stellte sich zunächst gar nicht die Aufgabe, für die verschiedenen Rechtsgeschäfte dieser Art einen gemeinsamen Begriff aufzusuchen; sie bestrebte sich nur, jene so häufig formlosen Dispositionen als einzelne je nach der Besonderheit des Falls gegen etwaige aus dem römischen Rechte entstehende Schwierigkeiten aufrecht zu erhalten. Die Mittel hiefür nahm man bald aus der Testaments-, bald aus der Vertragslehre, bald aus der besonderen Stellung illüstrer Disponenten, bald aus der Wirkung des Eides oder dem Einfluß kaiserlicher Bestätigung.

Inzwischen ward die eigentliche Form für jene Dispositionen bald gefunden. Bei den italienischen Schriftstellern des sechzehnten Jahrhunderts (z. B. Peregrinus, Antonius de Petra) über das römische Fideikommiß wird auch das fideicommissum familiae des gemeinen Rechts behandelt, und die Bestimmung eines Guts als ewig unveräußerliches Stammgut mit Vorzug des Mannsstamms wird daselbst lediglich als eine Anwendung dieser fideikommissarischen Disposition erörtert; das Besondere, was darin lag, schien leicht ausgeglichen werden zu können, da man den Willen des Stifters als unbedingt maßgebend betrachtete. Auch die Analogie des Lehens wird in jenen Schriften vielfach benutzt. Diese Auffassung, die sich gleichzeitig bei spanischen und französischen Juristen findet, ist wohl schnell zu allgemeiner Geltung gekommen; in Deutschland ist sie zuerst und ausführlich von Knipschild vertreten worden.

Bei dem Rechtszustande Deutschlands im sechzehnten Jahrhunderte war diese Anknüpfung der deutschen Dispo-

3) S. Archiv f. civ. Pr. Bd. 36 S. 39 flg.

fitionen an das Institut des römischen Rechts ganz natürlich. Man kann auch nicht läugnen, daß eine große äußere Verwandtschaft vorhanden ist. Beiden Arten der Verfügung gemeinschaftlich ist ein Veräußerungsverbot mit Berufung künftiger Familienglieder in successiver Folge. Es gilt auch hier, was im deutschen Rechte so oft beobachtet werden kann: ein durchaus selbstständiger Gedanke des letzteren stimmt insoweit mit einem Gedanken des römischen Rechts zusammen, daß die äußeren juristischen Linien für beide gleich angemessen erscheinen. Werden alsdann diese letzteren dem fremden Rechte gewissermaßen als architektonisches Mittel entlehnt, aber dem inwohnenden Wesen eine durchaus freie und selbstständige Existenz gegönnt, so kann man nicht von einer knechtischen Unterwerfung deutschen Rechtsstoffs unter den Zwang des fremden Rechtes reden. Schon bei Knipschild bemerkt man, wie die Anknüpfung an das römische Familienfideikommiß nur noch eine ganz äußerliche ist, wie das deutsche Institut aus dieser Form mit Freiheit herauswächst, wie vom römischen Rechte bald nur noch die Form und gesicherte Wirkung der Stiftung übrig bleibt, während sich in dem Resultate des Aktes das alte deutsche Stammgut mit Vorzug des Mannsstamms darstellt, woran sich zur Construction des Uebergangs von einem Besitzer auf den andern die neue, aber den Gedanken der Disposition ganz richtig ausdrückende successio ex pacto et providentia majorum des Lehnrechts anschließt.

So hat sich unser Institut in seiner eigenthümlichen Form im Laufe des siebzehnten Jahrhunderts ausgebildet. Eine weitere Periode seiner Geschichte kann seit dieser Zeit nicht unterschieden werden. Die Aufgabe war und ist noch heutzutage, die in jenen Grundlagen gegebenen Ideen zur vollen juristischen Klarheit zu bringen. Daß aber jene

Grundlagen gegenwärtig wirklich bestehen und auf Anerkennung Anspruch machen, kann nicht wohl bestritten werden. Es ist zwar richtig, daß die Idee der successio ex pacto et prov. maj. nicht ausdrücklich im longobardischen Lehnrechte ausgesprochen ist; aber schon in der nächsten Zeit nach Abfassung desselben ist sie als eine im Wesen des Lehens liegende erkannt und zu einem in der Lehnrechtswissenschaft herrschenden Elemente erhoben worden, aus der sie die Doktrin und Praxis mit Bewußtsein auf das Familienfideikommiß übertragen hat. Es ist ferner richtig, daß man anfangs nicht gehörig unterschied, daß man sich nicht darauf beschränkte, jenes Princip als die dogmatische Grundlage eines selbständigen und, wenn man will, neuen Instituts hinzustellen, sondern aus ihm zugleich jene älteren Stammgutsverhältnisse, Veräußerungsverbote und Beschränkungen der weiblichen Succession erklären wollte, in welchen ein mit Bewußtsein erstmals stiftender Wille — die Voraussetzung des Familienfideikommisses — überhaupt nicht vorlag; es ist ganz richtig, daß man in irriger Generalisirung dazu gelangte, die faktischen Voraussetzungen des Instituts da, wo sie nicht vorhanden waren, grundlos zu fingiren. Aber aus allem Diesem kann ein Einwand gegen die dogmatische Berechtigung des neuen Instituts nicht gezogen werden. Man würde sonst über einem Irrthum in der Rechtsanwendung jener Zeit übersehen, daß es sich zugleich um eine Rechtsbildung handelte, aus welcher ein neues Institut für das heutige Rechtsleben hervorgehen sollte, das einen Anspruch auf wissenschaftliche Entwickelung macht.

3.

Das römische Familienfideikommiß unterscheidet sich in

so vielen Punkten von dem deutschen Institute, daß nichts leichter ist als die Bestimmung dieses Gegensatzes. Dem römischen Institute fehlt jede Spur des Gedankens, den wir oben als die Idee des deutschen Familienfideikommisses entwickelten; es ist überhaupt völlig unausgebildet geblieben. Man hat in der Regel gesagt, sein Zweck sei die Erhaltung des Wohlstandes der ganzen Familie, einschließlich der Cognaten, im Gegensatz der Richtung des deutschen Instituts auf die Namens- und Stammesgenossen; aber selbst diese Auffassung ist schwerlich richtig, sie legt dem römischen Recht immerhin einen allgemeinen positiven Gedanken unter, während ein solcher überhaupt gar nicht vorhanden ist. In manchen der hierher gehörenden Dispositionen ist es offenbar nicht sowohl eine Fürsorge für die Familie, welche zur Befestigung des Besitzes eines Gegenstands veranlaßte, sondern vielmehr eine Rücksicht auf die Sache, welcher der Disponent die Pflege zuverlässiger Personen zu sichern wünscht [4]). Das Institut ist nicht über die kahle Vorschrift hinausgekommen, daß es mit erbrechtlichen Mitteln möglich sei, einen Gegenstand auf mehrere Generationen hin vor Veräußerungen zu bewahren. Am entscheidendsten wird sich die Eigenthümlichkeit des deutschen Familienfideikommisses gegenüber diesem unentwickelten Institute des römischen Rechts darlegen, wenn wir, wie nunmehr geschehen soll, versuchen, es juristisch zu construiren. —

Wir haben gesehen, wie das deutsche Familienfideikommiß aus einer Combination sehr verschiedenartiger Elemente hervorgegangen ist. Es kommt nun darauf an, das innere Verhältniß der letzteren zu bestimmen, und zu unter-

---

4) S. vorzüglich Huschke progr.: Flavii Syntrophi donationis instrum. inedit. Vratislav. 1838.

suchen, ob sie zu einem wirklich einheitlichen Ganzen verwachsen sind, sowie festzustellen, wo der eigentliche Schwerpunkt des Instituts zu suchen sei. Vor Allem ist es nothwendig, jene einzelnen Elemente für sich zu betrachten.

1) Das Familienfideikommiß hat eine große Aehnlichkeit mit der Stiftung im engern Sinne des Worts. Die Eigenthümlichkeit derselben besteht bekanntlich darin, daß ein Gütercomplex dauernd als für einen bestimmten Zweck dienstbar erklärt wird, und daß dieser Zweck gewissermaßen als die Seele einer idealen Person gedacht wird, der das Eigenthum jener Güter gehört. Alle diejenigen, welche stiftungsmäßig zum Genusse des Vermögens berufen werden, stehen mit der juristischen Person in einem obligatorischen Verhältnisse, in Folge dessen die letztere die bestimmten Vortheile zu gewähren hat. So wird auch beim Familienfideikommisse für alle zukünftig Berufenen der stiftende Wille immer als gegenwärtig gedacht, der bei jedem Falle des Eintritts eines neuen Berechtigten als unmittelbar wirkend erscheint. Auch hier ist ferner das Genußrecht ein durch jene höhere Fügung fortwährend gebundenes, und kein Berechtigter kann es anders als nach Maßgabe der Stiftung ausbeuten. Aber es besteht der bedeutende Unterschied, daß hier der stiftende und berufende Wille nicht ein eigenes Rechtssubjekt außer der Person des Genießenden bildet; er hat beim Familienfideikommiß nur das abstracte Dasein einer rechtlich geschützten und immerfort wirksamen Kraft, und das Objekt ist hier Gegenstand eines selbstständigen, obschon durch die Wirksamkeit dieser Kraft innerlich beschränkten Eigenthums des Berufenen. Man muß unterscheiden die Stiftung als jenes besondere Rechts*institut*, und die Stiftung als das rechtliche *Motiv* eines auf lange Dauer begründeten Rechtsverhältnisses; in diesem letzteren Sinne

wohnt auch dem Familienfideikommisse die Idee der Stiftung inne. Sie tritt hervor als äußerst wirksames materielles Motiv, aber sie bildet nicht den Kernpunkt der formellen juristischen Construction.

2) Wir haben gesehen, daß die frühere Jurisprudenz das Familienfideikommiß als eine Art des successiven Vermächtnisses auffaßte, als ein Vermächtniß mit unbegränzter Substitution. Darin ist der ganz richtige, aber noch besser durch die Formel der successio ex pacto et providentia majorum ausgedrückte Gedanke ausgesprochen, daß jeder zukünftig Berufene seinen Genuß aus der Hand des stiftenden Ahnherrn empfängt. Ist nun mit dieser Rechtsform das Wesen unseres Instituts wirklich charakterisirt? Die älteren Schriftsteller bejahen diese Frage, die neueren umgehen ihre direkte Beantwortung, scheinen sie aber indirekt zu verneinen. Und doch bedarf sie einer direkten Antwort; denn hier ist der Punkt, auf dem die Feststellung der Natur des deutschen Familienfideikommisses erwartet werden kann. Ich stehe nicht an, jene Frage bestimmt zu verneinen: die Anlehnung des modernen Stammguts an das successive Vermächtniß war ein Moment in der Entwicklungsgeschichte des Instituts, das ihm seine Anerkennung sicherte, seine Befestigung in der Praxis ermöglichte; aber es hat sich nach meiner Ueberzeugung von dieser Anlehnung, nachdem ihr Zweck erreicht war, wieder frei gemacht und einen durchaus neuen und selbstständigen Charakter gewonnen. Das Recht, welches durch das successive Vermächtniß gegeben wird, bleibt fort und fort ein erbrechtliches; die Befugnisse, welche die Genießenden an der Sache haben, finden ihren Schwerpunkt nicht sowohl in der Natur eines objectiv feststehenden sachenrechtlichen Instituts, als in dem Willen des Erblassers; das Recht des Berufenen er-

scheint immer nur mehr als eine aus dem Willen des Stifters hervorgehende Forderung gegen den Onerirten, es wird niemals eigentlich selbstständig, kommt nie zu sich selbst, gewinnt niemals einen eigenen Ruhepunkt in sich. Das deutsche Familienfideikommiß ist nach meiner Ueberzeugung kein erbrechtliches, sondern ein sachenrechtliches Institut. Der Wille des Stifters bleibt freilich immer das belebende Princip des Verhältnisses, aber er ist nicht die einzige Quelle, aus welchem es seine Fundamente schöpft, vielmehr ruht es, wenn die Stiftung vollzogen ist, auf der Basis eines selbstständigen Begriffs des Sachenrechts; dieser erhält durch die Stiftung sein Lebensprincip, seine Subjektivirung, aber er wird durch sie nicht selbst erst geschaffen, er ist schon an sich vorhanden, und nimmt nur die Intentionen des Stifters als Modificationen in sich auf. Dieser Begriff des Sachenrechts ist meiner Ansicht nach die Basis des Instituts: es ist der Begriff des deutschen Stammguts.

3) Das deutsche Stammgut gab, wie wir oben gesehen haben, das leitende Motiv der neuen Bildung des Familienfideikommisses, und es hat den Gedanken desselben in der That im Wesentlichen festgehalten. Betrachten wir das s. g. adelige Stammgut im engern Sinne des Worts[5]. Das Gut gehört hierbei der Familie, d. h. der Gesammtheit der Agnaten. Diese wird nicht als eine juristische Person gedacht, sondern als eine natürliche, sittliche Einheit; man unterscheidet dabei die wirklichen Eigenthümer und die bloß zuwartenden Agnaten, welche durch ihr Einspruchs- und Vindicationsrecht das Verbleiben des Stammguts in der Familie sichern. Im Wesentlichen ist dieß auch der

---

5) Gerber, Syst. des deutschen Privatr. § 82 und § 84, 1.

Charakter des Familienfideikommisses. Auch hier findet diese Selbstständigkeit des Rechts am Gute, das wirkliche Eigenthum daran statt; aber die Successionsrechte der Agnaten sind hier nicht nur durch einen objektiven Rechtssatz, sondern durch die Fügung einer ausdrücklichen Stiftung gesichert. Und eben wegen des Einflusses dieser Stiftung ist hier der Uebergang des Rechts auf den Nachfolger ein anderer als beim einfachen Stammgute; bei letzterem handelt es sich um den gewöhnlichen, obschon rechtlich geschützten erbrechtlichen Uebergang eines Guts aus dem Vermögen des verstorbenen Blutsfreunds als Theils von dessen Nachlasse, beim Familienfideikommisse dagegen um den berufenen Eintritt in die gestiftete Rechtssphäre eines ursprünglichen Ahnherrn. Dieses tendenziöse Moment der Stiftung durchdringt das ganze Institut, aber der materielle Grundstoff bleibt das altdeutsche Stammgut.

Die richtige Construction des Familienfideikommisses wird demnach aus einer Verbindung dieser verschiedenen Elemente zu gewinnen sein. Es ist ein sachenrechtliches Institut, eine Art des Eigenthums. Ist schon das Stammgutseigenthum ein durch besondere Rechte der Familie modificirtes, so tritt beim Familienfideikommiß noch ein besonderes Element hinzu, wodurch sein Eigenthum in individueller Weise charakterisirt wird, — die Abhängigkeit von jener höheren, als ununterbrochen wirksam gedachten Stiftung. Dieses subjektive Element wird von dem Begriffe des Stammgutseigenthums aufgenommen, so daß es mit ihm eine einheitlich verbundene Substanz in der Form eines objektiven Rechtsinstituts bildet — das Familienfideikommißeigenthum. In dem Rechtskreise nun, welchen der Stifter geschaffen hat, bildet dieses den Mittelpunkt, und es wird auf den Nachfolger in Verbindung mit der

ganzen Summe von Obligationen, die sich darin weiter entwickeln, als Theil eines abgeschlossenen durch die Persönlichkeit des Stifters geeinten Vermögens mittelst der successio ex pacto et providentia majorum übertragen.

Daß es überhaupt möglich sei, subjektive Momente, wie sie die Idee des Familienfideikommisses einschließt, in den Begriff des Eigenthums aufzunehmen, kann füglich nicht geläugnet werden. Von jeher hat das deutsche Recht beim Grundeigenthum eine Verbindung des Sachenrechts mit persönlichen Motiven der verschiedensten Art zugelassen, und zwar ist diese Verbindung keine nur äußerliche geblieben, bei welcher die einzelnen Elemente ihre besondere Natur bewahrten, sondern es handelte sich um eine wirkliche Verschmelzung mit dem Eigenthumsbegriff [6]). Ja, man darf behaupten, daß in gewissen Perioden der reine und abstrakte Begriff der privatrechtlichen Eigenthumsherrschaft in Bezug auf Grund und Boden in Deutschland die Ausnahme gewesen ist. Immerhin soll jedoch nicht geläugnet werden, daß die Aufnahme der Stiftungsidee in den Eigenthumsbegriff selbst, so daß er nach allen Richtungen von ihr beherrscht und durchzogen wird, wohl als die äußerste Gränze der Möglichkeit solcher Erweiterungen betrachtet werden darf [7]).

---

6) Gerber, Deutsch. Priv.-R. § 78. 80, 1.

7) Aus dem römischen Rechte schwebt mir als ein ähnlicher Fall der Füllung des Eigenthums mit subjektiven Momenten das Dotaleigenthum des Ehemanns vor. — Ganz analog ist die höchst sinnreiche Entwicklung Ihering's Geist des r. R. Bd. 2 S. 176 Note 236, wo er zeigt, wie die Römer, um einen gewissen Erfolg zu sichern, die Nothwendigkeit des Eintritts des letzteren zu einer Eigenschaft der Sache niederschlugen. Dieß Letztere, daß die subjektiven Tendenzen Eigenschaften der Sache würden, ist freilich bei unserem Institute nicht anwendbar; hier handelt es sich nicht um absolute und un-

Für die Wahrheit dieser Anschauung giebt der ganze Inhalt des Rechts der Fideikommißfolger Zeugniß. Wäre dieß nur ein gewöhnliches Eigenthum an einer unveräußerlichen Sache, oder ein gewöhnlicher Nießbrauch, dann würde es sich bloß um die unverbundene Aufeinanderfolge des völlig abgeschlossenen Genusses jedes einzelnen Anwärters handeln. Ganz anders, wenn der positive Charakter des Fideikommißrechts in Anrechnung gebracht wird. Alsdann handelt es sich nicht bloß um die nackte Negation von Verfügungen, welche dem berufenen Nachfolger den gleichen Genuß entziehen würden, sondern es entsteht daraus zugleich eine Summe eigenthümlicher Rechte und Pflichten, deren Ursprung in einem Keime des Begriffs des Fideikommißeigenthums selbst liegt, ganz einerlei, ob sie in der Stiftungsurkunde besonders ausgesprochen sind oder nicht. In jedem Genußberechtigten soll die Idee der Stiftung lebendig sein; er soll nicht bloß dafür sorgen, daß das Gut in der Integrität, welche bei Abwesenheit grober Verschuldung und Böswilligkeit statt findet, den Nachkommen überantwortet werde, sondern er soll positiv dafür thätig sein, daß es so, wie es der Stifter begründete, je nach den wechselnden Ansprüchen der Zeit erhalten werde, und in dieser Richtung gibt ihm die Stiftung eine Vollmacht, den Stifter zu repräsentiren, indem er unter Umständen den Nachfolgern eine Schuld mit derselben

---

vertilgbare rechtliche Qualitäten der Sache, sondern um eigenthümliche Befugnisse und Schranken für eine Reihe individuell bestimmter Subjekte. Die Unveräußerlichkeit des Familienfideikommißgutes darf nicht so aufgefaßt werden, daß dieß gewissermaßen eine res extra commercium geworden sei, sondern dem Rechte daran fehlt die Veräußerungsbefugniß, was aber keine bloße Negation ist, sondern die Folge einer höchst positiven Tendenz, mit welcher jenes geschwängert ist.

Wirkung auflegen darf, als wäre sie vom ersten Stifter in das Bereich des gestifteten Vermögens aufgenommen worden. Mit andern Worten: jeder Nachfolger im Genusse des Familienfideikommisses ist, wenn die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, berufen und verpflichtet zu Nachstiftungen. Es läßt sich nicht läugnen, daß hierdurch ein Theil jener Funktion erfüllt wird, welche wir oben dem ganzen Institute beilegten, eine Continuität der wechselnden Generationen durch die monumentale Thätigkeit für die Erhaltung der Stammesheimath zu verwirklichen [8]).

Diese Natur des Instituts macht sich endlich auch beim Erlöschen des Familienfideikommisses geltend. Wenn außer dem jetzigen Besitzer Niemand mehr vorhanden ist, der zu den durch die Stiftung bedachten Personen gehört — was freilich erst bei seinem Tode gewiß wird —, so verwandelt sich das Fideikommiß von selbst in freies Eigenthum. Diese Verwandlung hat nicht den Charakter eines besonderen Rechtserwerbes von Seiten des Besitzers, er erhält kein neues Recht, denn er war bereits Eigenthümer. Aber der tendenziöse Inhalt dieses Eigenthums, die Idee der Stiftung, von der es beherrscht war, zieht sich zurück und es bleibt nur das einfache und absolute Recht übrig. Würde der jeweilige Besitzer nur als Nießbräucher oder als s. g. Nutzeigenthümer gedacht, so bedürfte dieser Erfolg der Vermittlung eines besonderen Uebergangs des bisher fremden Eigenthums, nicht ohne Hülfe einer höchst künstlichen Construction.

Es mag hier schließlich nur in aller Kürze angedeutet werden, daß die Verkennung der so eben geschilderten Natur des Instituts zur Aufstellung mehrerer, wie ich glaube, unrichtiger Ansichten mitgewirkt hat. Das Bedürfniß, die Ten-

8) S. Zeitschrift f. Civilr. und Proceß N. F. Bd. 11 S. 197 flg.

denz der Stiftung gegenüber dem Genußrecht des Einzelnen zu sichern, hat häufig dahin geführt, ein bestimmtes Subject zu statuiren, welchem jene Garantie als besondere Aufgabe zugeschrieben wurde. So die gesammte Familie „als Obereigenthümerin“; nach Pfeifer[9]) soll sogar der Staat der Eigenthümer und Träger jener Function sein.

4.

Es ist eine besondere Eigenthümlichkeit des Instituts, daß es die größte Mannigfaltigkeit in der Gestaltung und Anordnung jener leitenden Idee zuläßt. Die Basis bleibt immer das gestiftete Fideikommißgut, aber dieß ist nicht der gesammte Inhalt des Rechtskreises, für den der Stifter die Agnaten beruft; umgeben von einer Menge angeknüpfter Rechte, Verpflichtungen und Auflagen erscheint es wie ein Stamm, bestimmt, eine Fülle fruchttragender Zweige im Interesse der Familie zu treiben.

Allgemeine Voraussetzungen für jedes wahre Familienfideikommiß in dem hier gemeinten Sinne sind nach meiner Ansicht folgende: 1) daß das Object der Stiftung ein größeres ländliches Grundstück[10]), 2) daß nur der Mannsstamm zur Succession berufen ist. Die Zulassung von Geldcapitalien als Objekt des Fideikommisses betrachte ich als eine Verletzung der Idee desselben; die ausschließliche Berechtigung des Mannsstamms scheint mir so wesentlich zu sein, daß ich in ihr ein specifisches Kennzeichen unseres Instituts erblicke. Dieß gilt sowohl von den Fideikommissen des Adels als des Bürgerstandes. Ein Fideikommiß, das

9) Vermischte Aufsätze über Gegenst. des teutschen und röm. Privatr. Marburg, 1803 S. 7.

10) Nach Umständen wohl auch ein bloßes Gebäude.

als solches auch auf die Frauen und Cognaten übergeht, kann nicht die Bestimmung haben, die Basis für die Continuität des Familienbewußtseins zu bilden; es kann irgend ein sonstiges Rechtsverhältniß begründen — römisches Familienfideikommiß, Familienstiftung —, aber ein deutsches Familienfideikommiß in unserem Sinne ist es nicht.

Die in Deutschland häufigste Gestaltung ist die, bei welcher alle dem Grade nach gleich Berechtigten zur Succession berufen sind. Das Theilungsprincip kann sogar so weit ausgedehnt sein, daß ohne alle Rücksicht auf Gradesnähe alle volljährigen Agnaten zugleich zur Succession berufen sind [11]). Die Mehrheit der Berechtigten befriedigt alsdann ihr Interesse durch eine Theilung der Nutzungen, da reelle Theilungen in der Regel durch die Stiftung verboten und überhaupt, weil dem Wesen des Instituts widerstrebend, im Zweifel als unzulässig zu betrachten sind. Im Gegensatze hierzu stehen dann die Fideikommisse mit Individualsuccession, Primogenitur=, Majorat=, Senioratordnung. Obschon es außer dem Plane der Darstellung liegt, auf diesen Gegenstand näher einzugehen, so kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß mir die Anordnung solcher Individualsuccessionsordnungen dem Wesen des Instituts, wie es oben charakterisirt worden ist, weitaus am Meisten zu entsprechen scheint.

Wie bereits bemerkt worden ist, kann der Wille des Stifters die Richtung nehmen, an den Genuß des Fideicommisses eine Reihe von Pflichten anzuknüpfen, in deren Feststellung sich recht eigentlich die individuelle Fürsorge des Stifters für die Familie offenbart. Jene Verpflichtungen

---

11) Ein Beispiel s. in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. Bd. 12 S. 200 flg.

können sich unmittelbar auf das äußere Interesse der Familie beziehen, — Auszahlung von Witthum, Apanagen, Aussteuer, Unterstützung hülfsbedürftiger Verwandter. Sodann können sie aber auch einen allgemeineren Charakter haben, indem der Stifter beabsichtigt, seiner Familie eine eigenthümliche Richtung und Stellung im religiösen, sittlichen, politischen und socialen Leben zu sichern. Dahin gehören allerlei Bedingungen und Auflagen, welche der Stifter für den Genußberechtigten vorschreibt, z. B. makellose Ehrenhaftigkeit, Beschränkungen in der Wahl der Ehefrau, Bekenntniß einer bestimmten Religion, das Bereisen wichtiger Städte, Aufzeichnung gemachter Erfahrungen und gehabter Erlebnisse u. s. w. So kann er ferner vorschreiben, daß der Besitzer des Fideikommisses in bestimmten wiederkehrenden Zeiten die zerstreuten Glieder der Familie bei sich versammle, gewisse Erinnerungsfeste feiere. Manche dieser Vorschriften werden vielleicht nicht in streng juristischer Form, sondern als Ermahnungen und Bitten ausgesprochen werden, aber ihre Beobachtung wird dessenungeachtet durch das Pietätsgefühl der Nachfolger gesichert sein. Insbesondere wird ferner der Stifter in der angegebenen Richtung häufig durch Schöpfung besonderer Stiftungspertinenzen wirken können, deren Erhaltung und Vermehrung er dem Besitzer zur Pflicht macht, z. B. Familienkleinodien, Kunst- und Büchersammlungen. Auch können Stiftungen mit allerlei Zwecken als eigene juristische Personen äußerlich an das Familiengut in der Weise annectirt werden, daß der jedesmalige Besitzer der Verwalter ist und daß das Stiftungsvermögen mit dem Familienfideikommiß im Fall der Auflösung der Stiftung wieder zusammenfällt.

Es fragt sich nun, wie sich diese Einrichtungen, die sich je nach dem individuellen Belieben des Stifters in der mannigfaltigsten Weise denken lassen, um den Mittelpunkt, das Familienfideikommißeigenthum, juristisch gruppiren?

Einen Theil und zwar den Grundbestandtheil der subjektiven Tendenzen der Stiftung nimmt, wie wir oben gesehen haben, der Begriff des Familienfideikommißeigenthums selbst in sich auf. Diese sind hier genauer zu bestimmen. Vor Allem gehört dahin die Unveräußerlichkeit: Keiner der successiven Eigenthümer hat das Recht der Veräußerung. Eine Veräußerung ist absolut und ipso jure nichtig; jeder Nachfolger, auch der Descendent[12]) des Veräußerers hat das Revokationsrecht, ja der Veräußerer selbst kann vindiciren, sofern ihm nicht die Einrede entgegensteht, daß seine Veräußerung nach den Grundsätzen der Conversion der Rechtsgeschäfte wenigstens die zeitliche Ueberlassung des Genusses auf die Dauer seines persönlichen Rechts einschließe. Diese Unveräußerlichkeit ist aber nicht als eine allgemeine gedacht, sondern sogleich in Verbindung mit der positiven Richtung auf das Interesse der Stammesfamilie, welcher das Gut erhalten werden soll; die Verpflichtung zur Conservirung der Substanz im Geiste der Stiftung ist daher ein ferner Theil des Inhalts des Fideikommißeigenthums, ist nur die positive Seite der Unveräußerlichkeit. Alles dieß darf nicht als Obligation construirt werden, welche an das Eigenthum nur äußerlich angeknüpft ist, sondern es handelt sich um Momente des Eigenthumsbegriffs selber.

Um aber die Stiftung praktisch zu verwirklichen, die successive Uebertragung des Fideikommißeigenthums in der vom Stifter gewollten Intention zu ermöglichen, bedarf es

---

12) S. das Nähere in meinem D. Pr.-R. § 84 N. 12.

eines eigenthümlichen erbrechtlichen Princips, welches gewissermaßen als die zweite Hälfte des Instituts erscheint: die successio ex pacto et providentia majorum. Dieses Erbrechtsprincip wird in jeder Fideikommißstiftung zur Anwendung gebracht; der Stifter beruft in successiver Folge die sämmtlichen zukünftigen Geschlechtsfolger zu Erben für den von ihm gegründeten Rechtskreis, sei es mit oder ohne eine besondere Successionsordnung. Ein großer Theil der oben genannten Verpflichtungen, namentlich die, welche mehr der Ausdruck individueller Neigungen des Stifters sind, hat den Charakter von Bedingungen und Auflagen (modus), unter welchen die Erbberufung statt findet. Dieses successive Erbrecht ferner ist es, welches den Uebergang der vom Stifter selbst in das Stiftungsvermögen aufgenommenen Schulden vermittelt, sowie der Passiva, welche durch Nachstiftungen der Fideikommißfolger begründet werden. Denn wenn auch die allgemeine Berechtigung und Verpflichtung zu dieser nachstiftenden Thätigkeit schon einen Theil des objektiven Familienfideikommißeigenthums bildet, so sind doch die daraus entstandenen Schulden selbst ein selbstständiger juristischer Thatbestand in dem gesammten Rechtskreise, in welchen der Nachfolger eintritt. Man sieht, die successio ex p. et pr. maj. hat ihre besondere und selbständige Function; sie ist die Form, in welcher sich der Wille des Stifters vollzieht; aber das Recht des Berufenen an der Sache gewinnt sofort eine selbständige Basis in dem objectiven und unwandelbaren, durch den einzelnen Stiftungsakt nicht erst geschaffenen, sondern nur angewandten Begriffe des Fideikommißeigenthums, wie wir ihn oben als den Inhalt eines selbständigen Privatrechtsinstituts geschildert haben.

Endlich ist es auch nicht unmöglich, mancherlei Leistun-

gen als Zustandsobligationen, nach Art der Reallasten zu construiren.

So tritt der Nachfolger im Familienfideikommiß in ein nach allen Richtungen abgeschlossenes Gebäude ein, das, obschon mit verschiedenen architektonischen Mitteln errichtet, doch im Ganzen eine wirkliche Einheit darstellt. Dem Laien wird die Mannigfaltigkeit in der Structur verborgen bleiben, er wird sich an die Totalität der praktischen Wirkung halten, aber der Jurist darf sich der Erkenntniß des Einzelnen in jener Fügung nicht entziehen.

5.

Hat nun der Begriff des Familienfideikommisses im gemeinen Rechte wirklich Realität? Ist er in einem anerkannten Rechtsinstitute ausgeprägt? In welcher Form kann er alsdann zur Anwendung gebracht werden?

Die Geschichte des Familienfideikommisses beruht nicht auf gesetzlichen Festsetzungen. Ein gemeinrechtliches Gesetz darüber existirt überhaupt nicht. Die neueren Particulargesetze setzen das Institut als ein bereits fertig gewordenes voraus, können also bei der Beantwortung der Frage über die allgemeine rechtliche Grundlage des Instituts nicht mit in Anrechnung gebracht werden.

Das Familienfideikommiß beruht auf einem gemeinen Gewohnheitsrechte, in Verbindung mit einer tiefeingreifenden Wirksamkeit der Doctrin. Der Drang, Dispositionen in der Richtung dieses Instituts zu machen, war, wie oben gezeigt wurde, seit dem sechzehnten Jahrhundert in gewissen Kreisen der Gesellschaft ganz allgemein und es kann nicht bezweifelt werden, daß ihm die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit solcher Verfügungen zur Seite stand. Es war eine wirkliche, in gewissen Sphären allgemeine

Rechtsüberzeugung vorhanden, die sich in einer Menge von Uebungsfällen bekundete. Eine territoriale Begränzung wüßte ich dafür nicht festzustellen. Solche Dispositionen fanden und finden sich in ganz Deutschland, in dem einen Lande mehr, im andern weniger häufig, jenachdem die socialen Voraussetzungen und die entsprechende Sitte mehr oder weniger entwickelt ist. Die Doctrin behandelte sie zum Theil nicht als völlig neue Rechtsschöpfungen, sondern glaubte sie mit den vorhandenen Mitteln des gemeinen Rechts construiren zu können. Nur zur Aushülfe griff man zur Idee der Autonomie des Adels, um die Lücken ausfüllen zu können, die sich bei der Anwendung des gemeinen Rechts auf diese Dispositionen allenfalls noch zeigten. Unwillkürlich aber und unbewußt gelangte so die Doctrin zu einem wirklich neuen Institute, für dessen gemeinrechtliche Existenz die vieljährige Anerkennung durch die Praxis der Gerichtshöfe sprach, dessen innere Entwickelung aber bis auf die neuste Zeit als eine freie Aufgabe der Wissenschaft betrachtet wurde.

Ich vermag hiernach nicht abzusehen, wie manche Neuere [13]) dazu gelangen können, die Befugniß der Errichtung eines Familienfideikommisses von der Voraussetzung eines ausdrücklich gestattenden Particulargesetzes abhängig zu machen. Der Gedankengang Walter's ist folgender: „in der Stiftung eines Familienfideikommisses erhebe sich „der Privatwille zu einem Gesetze, welches einer Nach„kommenschaft bis in die entferntesten Zeiten auferlegt wer„de; daher sei die Errichtung derselben nur da zuzulassen, „wo das positive Recht sie ausdrücklich gestatte, was in

13) Walter, Deutsch. Pr.-Recht § 470, 4, unter Berufung auf Maurenbrecher, Deutsch. Pr.-R. I. § 218, 18.

„Betreff der durch den Art. 14 der Bundesakte mit der „Autonomie Bedachten ganz allgemein der Fall sei.“ Correkter und deutlicher hätte diese Ansicht so formulirt werden sollen: es genügt nicht, daß die gemeinrechtliche Praxis und Wissenschaft das Institut kennt und daß in einem bestimmten Staate kein besonderes Verbot seiner Anwendung besteht, sondern es bedarf einer ausdrücklichen Erklärung der gesetzgebenden Gewalt jedes einzelnen Staats, daß sie die Befugniß zur Errichtung von Familienfideikommissen nachlasse; eine solche Erklärung wäre dann als ein Verzicht auf die Ausschließlichkeit der gesetzgebenden Gewalt anzusehen, indem den Privaten in einer gewissen Richtung das Recht eingeräumt würde, selbst Gesetze zu erlassen. Es ist dieß die frühere Auffassung, welche die s. g. Autonomie als eine auf bestimmte Sphären beschränkte gesetzgebende Gewalt betrachtete. Ich kann diese Ansicht unter keinen Umständen für berechtigt halten.

Vielmehr ist das deutsche Familienfideikommiß ein wirkliches Rechtsinstitut, d. h. eine aus einzelnen Rechtssätzen bestehende juristische Größe, welche die Gesammtansicht einer bestimmten einzelnen Möglichkeit des privatrechtlichen Wollens darbietet. Sie hat ihre eigene Gliederung, und die Gesetze eines inneren Leben. Wer das Institut zur Anwendung bringt, ist genöthigt, diese Gesetze zu befolgen, und verwirklicht die abstrakten Regeln, indem er sie seinem Willen unterlegt und in einem concreten Verhältniß zur Geltung bringt. Die eigenthümliche Wirkung solcher Dispositionen, nämlich die Unbegränztheit ihrer Dauer und die Unbestimmtheit der dadurch getroffenen Personen, ist eben die Besonderheit dieses Instituts; sie ist an sich nichts der Idee eines Privatrechtsinstituts Feindseliges, was jeder juristischen Form widerstrebte und nur durch Voraussetzung

eines Akts der Rechtserzeugung erklärt werden könnte. Mit demselben Rechte würde man sonst dem Testamente, dem successiven Vermächtnisse und dem ja auch schon vom römischen Rechte unter Umständen anerkannten testamentarischen Veräußerungsverbote den Charakter der Objektivrechtlichkeit bestreiten und hier überall von „Gesetzen" reden müssen.

Erst bei dieser Annahme wird eine juristische Construction des Familienfideikommisses möglich, d. h. eine Bestimmung seiner inneren Natur und Bedingungen. Setzt man dagegen bei Dispositionen solcher Art eine wahre gesetzgebende Gewalt voraus, so ist eine feste Regel, eine Analyse der dauernden Elemente des juristischen Thatbestandes gar nicht denkbar. Das Juristische schrumpft dann in dem formalen Princip zusammen: es kann Jemand unter gewissen Voraussetzungen einen sein Vermögen betreffenden Willen äußern, der von allen Nachkommen als Gesetz anerkannt werden muß; welchen Inhalt aber dieser Wille haben müsse, das läßt sich, abgesehen von gewissen ganz äußerlichen Schranken (z. B. daß die Staatsverfassung, absolut ge- oder verbietende Vorschriften nicht angetastet werden dürfen), gar nicht sagen, da ja Alles hier in das ganz individuelle Belieben des Gesetzgebers gestellt ist.

Daß aber das Interesse der hierbei am meisten betheiligten Stände durch die Annahme des Familienfideikommisses als eines objektiven Rechtsinstituts nicht verletzt werde, bedürfte an und für sich kaum einer Bemerkung. Dadurch wird namentlich dem Adel an seinem Rechte, seine Güter- und persönlichen Verhältnisse im Kreise seiner Familien in der selbständigsten Weise zu ordnen, nicht das Mindeste geraubt. Es handelt sich ja vielmehr nur um die Gewinnung der rechtlichen F o r m, in welcher dieß zu geschehen habe, und es leuchtet wohl ein, daß diese viel mehr garan-

tirt ist, wenn sie als die Anwendung eines Rechtsinstituts, d. h. als Rechtsgeschäft, charakterisirt werden kann, als wenn man sie in einem vagen, völlig unbestimmbaren Gesetzgebungsrechte suchen müßte. Eine solche Bemerkung war überhaupt nur nöthig, um dem seltsamen Mißverständnisse zu begegnen, als solle mit dieser Auffassung der Autonomie des Adels dessen individueller Rechtskreis materiell verletzt werden [14]).

Ist also die Ansicht richtig, daß das Familienfideikommiß als ein Rechtsinstitut objektiv besteht, so kann auch der Akt, durch welchen es im einzelnen Falle begründet wird, kein anderer als ein einfaches Rechtsgeschäft, eine einfache Disposition sein. Es fragt sich aber, wie die Natur dieser Disposition näher bestimmt werden muß? Die Beantwortung dieser Frage kann nur durch eine Betrachtung der einzelnen juristischen Erfolge erlangt werden, welche hervorgebracht werden sollen.

Der Constituent will

1) ein bestimmtes Grundstück, über das er zu disponiren befugt ist, für unveräußerlich erklären, mit der bestimmten Tendenz, daß es einer gewissen Familie, bezüglich deren agnatischen Gliedern als gestiftetes Stammgut erhalten bleibe. Wir haben oben gesehen, daß es sich hier um eine Modification des Eigenthumsbegriffs handelt, welche das objektive Recht als Inhalt des „Familienfidei-

14) K. Maurer hat in der Münchner „Kritischen Ueberschau“ Bd. 2 S. 229 flg. eine Kritik meiner Abhandlung über die Autonomie im Archiv für civ. Pr. Bd. 37 S. 35 u. f. gegeben, welche von Anfang bis zu Ende auf einem Mißverständnisse beruht, nach meiner Ueberzeugung Nichts zur Widerlegung meiner Darstellung beiträgt, im Uebrigen aber sich durch eine höchst unpassende Form charakterisirt. Ich darf die Entscheidung ruhig den künftigen Untersuchungen Anderer anheim stellen.

kommißeigenthums" anerkennt; sie ist formell betrachtet eine Minderung des allgemeinen Inhalts des Eigenthums, eine Reduction desselben auf engere Gränzen, deren Vornahme dem Eigenthümer nach einem bestehenden Rechtssatze mit unbeschränkter Wirkung auf die Zukunft für einen gewissen Kreis von Subjecten offen steht. Zu dieser Disposition bedarf es nun einer ausdrücklichen Erklärung, welche bald dahin lauten kann, daß jene Umwandlung des Eigenthums erst in der Hand des ersten Berufenen eintreten solle, so daß der Constituent unbeschränkter Eigenthümer mit dem Rechte des Widerrufs bleibt, — bald dahin, daß jene Umwandlung sogleich wirksam sein solle, so daß er, der Stifter, selbst schon der erste Fideikommißeigenthümer werde. Dieß ist ein Akt, der lediglich auf die unmittelbare Erreichung eines sachenrechtlichen Erfolgs gerichtet ist.

2) Dieser sachenrechtliche Akt genügt aber nicht, um dem Willen des Stifters einen vollen rechtlichen Ausdruck zu verleihen. Es ist ein fernerer Akt erforderlich, durch welchen das Anrecht auf dieses so begründete Eigenthum subjektiv formulirt wird. Dieß ist eine Berufung der Nachkommen in einer bestimmten Ordnung zur Succession in das gestiftete Vermögen, zu welchem, wie oben gezeigt wurde, nicht bloß das mit besonderen rechtlichen Qualitäten versehene Eigenthum am Grundstücke nebst Pertinenzen, sondern in der Regel auch anderweite Rechte und Verbindlichkeiten gehören. Dieser Akt setzt einen wahren Rechtskreis voraus, in welchem zwar das Stammgut praktisch die Hauptsache bildet, aber juristisch doch nur als Theil der Vermögensmacht erscheint, welche in der Persönlichkeit des Stifters geeinigt ist. Erst hierdurch wird das geistige Band hergestellt, das die Nachfolger an jene anknüpft und sie zu immerwährenden Trägern der Stiftungsidee macht. —

An diesen zweiten Akt schließen sich dann jene mannichfachen Modalitäten an, die wir oben als Auflagen erkannt haben, welche den berufenen Nachfolger bald als Bedingung, bald als Modus binden.

Wenn man von der Errichtung eines Familienfideikommisses spricht, so pflegt man diese beiden sich ergänzenden, aber ihrer inneren Natur nach wesentlich verschiedenartigen Akte zu vermischen. Allerdings gehören beide zusammen, aber die Einheit besteht nur in der zur Erreichung eines bestimmten Ziels nothwendigen Composition zweier selbstständiger Handlungen.

Es fragt sich nun, ob der Errichtungsakt eines Familienfideikommisses in seiner Richtung auf die Berufung der Nachfolger ein Geschäft unter Lebenden oder von Todes wegen sei? Für das Letztere scheint der Umstand zu sprechen, daß der Stifter eine Erbeinsetzung vornimmt. Und doch liegt darin nur eine scheinbare Begründung dieser Ansicht. Die regelmäßige Erbeinsetzung setzt allerdings eine Erbschaft, d. h. ein Vermögen voraus, das durch den Tod des bisher Berechtigten sein individuelles Subjekt verloren hat. Hier handelt es sich aber um ein Vermögen, das nicht durch jenes natürliche Ereigniß für die Succession eröffnet wird, sondern durch eine künstliche, vom Stifter selbst vollzogene, willkürliche Vorbereitung seinen Charakter als Successionsmasse empfängt. Es läßt sich recht wohl denken, daß der Stifter schon bei seinen Lebzeiten diese Ablösung des gestifteten Vermögens vornimmt, schon während seines Lebens das Familienfideikommiß in Wirksamkeit treten läßt. Das abgelöste Vermögen ist trotzdem ein abgerundeter Rechtskreis, in welchem sich die Persönlichkeit des Stifters kraft eines willkürlichen Entschlusses substantiirt.

An und für sich ist also die Errichtung eines Fami-

lienfideikommisses nicht nothwendig ein Geschäft von Todes wegen. Eine Erklärung, daß die Existenz des Fideikommisses sogleich beginnen solle, muß als zureichend betrachtet werden. Aber das Geschäft kann, und das ist das praktisch Regelmäßige, in die Form einer letztwilligen Verfügung — Testament oder Erbvertrag — eingekleidet werden. Es ist alsdann zu unterscheiden, ob das ganze Vermögen zum Familienfideikommiß erhoben wird, oder nur ein einzelner Theil desselben, ein einzelner Gutscomplex. In jenem Falle ist formell betrachtet die rechtmäßige Einsetzung eines Universalsuccessors vorhanden; denn die in der Stiftungsidee begründeten materiellen Momente, durch welche das Recht der Erben qualificirt wird, ändern daran Nichts. In letzterem Falle liegt eine gewöhnliche Erbeinsetzung vor, neben welcher in Bezug auf einen abgerundeten Theil des Vermögens ein besonderes Rechtsverhältniß begründet wird, das nur äußerlich an den essentiellen Inhalt der testamentarischen Verfügung angeknüpft ist.

Ganz ohne alle specifische Form ist indessen die zur Errichtung eines Familienfideikommisses — in Rücksicht auf den sachenrechtlichen Erfolg — erforderliche Willenserklärung nicht. Vielmehr ist ihr eine besondere Oeffentlichkeit eigenthümlich. Diese besteht nicht bloß darin, daß die Constituirung des Fideikommisses etwa gerichtlich verlautbart und nach vorgängiger Untersuchung (der Dispositionsbefugniß des Sifters, der subjektiven und objektiven Bedingungen der Errichtung, der allenfalls collidirenden Rechte Dritter) gerichtlich bestätigt, auch wohl als solches in die öffentlichen Grundbücher eingetragen werde, — sondern noch insbesondere darin, daß die geschehene Errichtung durch die competente Gerichtsbehörde öffentlich bekannt gemacht werde. Eine solche Publication ist nothwendig und

innerlich indicirt, damit das Publikum auf die Natur des beschränkten Eigenthums der Inhaber des Guts aufmerksam gemacht werde, wonach dieses als unveräußerlich und mit dauernden Lasten nicht beschwerbar erscheint. Nur dieß ist ihr Grund und nicht etwa der Gedanke, daß es sich hier um eine autonomische „Gesetzgebung" handle, für welche dieselben Publicationsformen eintreten müßten, welche für sonstige Gesetze gelten. Indessen kann nicht geläugnet werden, daß dieser letztere Gedanke in den Particularrechten mehrfach wirksam gewesen ist, wenn sie eine Bestätigung durch den Monarchen, als Inhaber der gesetzgebenden Gewalt und eine Publication nach der Form der bei Gesetzen üblichen vorschreiben.

Es ist bisher ausgeführt worden, daß die Errichtung eines Familienfideikommisses ein in der Dispositionsfähigkeit des Stifters begründeter einfacher Willensakt sei. Damit ist von selbst ausgesprochen, daß dieß nicht nothwendig ein Vertrag zu sein braucht. Ein solcher ist insbesondere nicht erforderlich, um etwa den Accept der Berufenen herzustellen, so wenig als eine einseitige Erbeinsetzung im Testamente erst dadurch zu einer wirklichen Erbeinsetzung wird, daß der Berufene die Annahme erklärt habe. Ein Vertrag aber, der nur die Aufgabe hat, etwaige Rechte Dritter (z. B. der Lehnsagnaten, des Lehnsherrn, der Miteigenthümer, der Hypothekengläubiger), deren Dasein der Entstehung des Fideikommisses im Wege steht, vorher zu beseitigen, würde nur als ein vorbereitendes Geschäft in Frage kommen, nicht aber als das auf die Begründung bezügliche. Ferner ist der Vertrag, durch welchen sich mehrere Mitberechtigte zur gemeinschaftlichen Errichtung eines Familienfideikommisses einigen, wohl zu unterscheiden von dem Errichtungsakte selbst. — Ebensowenig wird man nach den hier

gegebenen Voraussetzungen auf die Nothwendigkeit eines „Familienbeschlusses“ als Begründungsform kommen. Denn die Disposition selbst steht dem Familiengliede und nur diesem zu, welches das Eigenthum am fraglichen Gute hat; die Dauer und Anerkennung derselben in der Zukunft hingegen wird durch einen objektiven Rechtssatz garantirt, bedarf also nicht des Schutzes eines Familienbeschlusses. Wo dieß Erforderniß particularrechtlich aufgestellt wird, beruht es offenbar wiederum auf der Vorstellung einer „Familiengesetzgebung.“

Jedenfalls endlich leuchtet es ein, daß das Familienfideikommiß einen bestimmten Stiftungsakt voraussetzt, und nicht stillschweigend, oder, wie man sich ausdrückte, durch Observanz entstehen kann. Stammgüter (in jener bekannten technischen Bedeutung) können durch Gewohnheitsrecht begründet werden, indem in einer bestimmten Gegend die Familien eines besonderen Standes, z. B. der Reichsritterschaft, in fortgesetzter, oft ausdrücklich bestätigter Uebung an der Ueberzeugung der Unveräußerlichkeit ihrer ererbten Güter und der Ausschließlichkeit des Successionsrechts des Mannsstamms festhalten; aber Familienfideikommisse sind das nicht, da ihnen die durch alle Generationen hindurchgehende, Pflichten wie Rechte austheilende Idee der Stiftung mangelt. Man kam auf jenen Gedanken überhaupt nur durch den Irrthum, daß nun alle die Stammgüter des Adels, welche man vorfand, ohne Unterscheidung unter die neue Theorie des Familienfideikommisses zu stellen seien. Man hatte zwar ein eigenthümliches und berechtigtes Institut gefunden, aber man unterließ es, seinen specifischen Charakter zu ermitteln und diesen mit genauer Ausscheidung des nur scheinbar Gleichartigen zur Geltung zu bringen.

6.

Müssen wir nun annehmen, daß das Familienfideikommiß im gemeinen Rechte seinen Bestand als selbstständiges Rechtsinstitut habe, so fragt sich weiter, ob die Befugniß, es zu gebrauchen, eine allgemein zuständige, oder auf einen bestimmten gesellschaftlichen Kreis, den Adel, beschränkte sei?

Daß die Verhältnisse des Adels der Boden sind, auf dem das Familienfideikommiß erwachsen sei, kann keinem Zweifel unterworfen werden, wie es denn auch oben ausdrücklich anerkannt wurde. Aus dieser geschichtlichen Thatsache allein kann aber kein rechtlicher Grund dafür gewonnen werden, daß auch noch jetzt als die praktische Sphäre des Instituts ausschließlich die des Adels betrachtet würde. Dieß würde nur dann der Fall sein, wenn die Interessen, welche das Familienfideikommiß befriedigen soll, entweder thatsächlich nur beim Adel möglich, oder nur bei ihm rechtlich erlaubt wären. Die Behauptung eines jeden dieser Sätze wäre unrichtig.

Das Erstere, daß die dem Familienfideikommiß entsprechenden Interessen nur beim Adel statt finden, ist schon in den diese Abhandlung einleitenden Bemerkungen abgewiesen worden, in denen wir das geistige Wesen des Instituts zu bestimmen suchten. Dieses ruht, wie dort gezeigt wurde, auf einem allgemeinen sittlichen Gedanken. Es kann und soll natürlich nicht geläugnet werden, daß es in ganz vorzüglichem Maße dem äußerlichen, politischen Zwecke der Erhaltung einer kraftvollen Aristokratie recht eigentlich dient, und daß dieser Grund seiner Anwendung weitaus der häufigste ist, aber gewiß ist er nicht der ausschließliche. Was den Familien des Adels allgemein ist: die Erhaltung der Familienindividualität in der Geschichte auf der Grundlage des Stammguts, — kann auch bei nichtadeligen Familien

gewollt und erstrebt werden. Wer dieß läugnen wollte, würde der großen Mehrzahl der Familien im Staate ganz willkürlich ein Gebiet der allgemeinen sittlichen Freiheit verschließen. Der rein faktische Unterschied wird freilich bleiben, daß bei Fideikommissen des Adels der besondere Charakter als Familienfideikommiß des deutschen Rechts mit ausschließlicher Berechtigung des Mannsstamms vermuthet wird, während bei dergleichen Dispositionen Nichtadeliger für die Annahme dieses besonderen Verhältnisses der Nachweis eines hierauf speciell gerichteten Willens erforderlich ist.

Noch weniger aber wüßte ich eine rechtliche Schranke zu finden. Denn wenn es auch nicht geläugnet werden kann, daß eine bürgerliche Familie, in welcher ein ausschließlich auf den Mannsstamm vererbliches Familienfideikommiß besteht, das innere Wesen des Adels in sich aufgenommen hat, so liegt doch darin natürlich entfernt keine unberechtigte Anmaßung des letzteren. Dieser Ansicht steht auch das positive Recht nicht entgegen. Gesetzliche Beschränkungen der Befugniß zur Errichtung von Familienfideikommissen auf Personen des Adelsstandes bestehen nur particularrechtlich. Im gemeinen Rechte hat das Institut überhaupt keine gesetzliche Grundlage. Wahre deutsche Familienfideikommisse des Bürgerstandes sind aber, obschon vereinzelt, von jeher vorgekommen und anerkannt worden.

7.

Aus dem ganzen Zusammenhange des Instituts folgt der jetzt ziemlich allgemein anerkannte Satz, daß eine Aufhebung des Familienfideikommisses durch bloße Verfügung der Interessenten nicht denkbar ist. Ihr Recht ist ja ein von seinem Ursprung an beschränktes, seine Eigenthümlich-

keit besteht ja gerade in dem Ausschluß der Dispositionsbefugniß im Interesse der Stiftungsidee; jenseits seiner Schranken existirt für sie gar kein Recht über das Gut. Eine Auflösung des Fideikommisses durch einen Willkürakt würde nur in der Weise denkbar sein, daß man im Stande wäre, auf einmal die Summe aller Verzichte Derjenigen herzustellen, welche jemals zum Genusse gelangen können; aber auch dann könnte man nicht von einer direkten Aufhebung des Fideikommisses durch einen Akt reden, dessen negative Wirkung der positiven der Begründung homogen wäre, sondern die Aufhebung würde auf einem Umwege erreicht werden, — dadurch, daß jedes denkbare Subjekt des Genusses hinweggeräumt und somit vorzeitig die Wirksamkeit der Stiftung erschöpft würde. Da nun solche Verzichte, wenigstens der noch Ungebornen nicht in der Gegenwart herzustellen sind, so hat man zu allerhand künstlichen Mitteln seine Zuflucht genommen. Manche haben durch einen curator nasciturorum helfen zu können gemeint, Andere durch landesherrliche Dispensation, noch Andere lassen die Ungebornen bei Seite liegen, weil man nicht von einem Rechte Jemandes reden könne, der noch nicht einmal concipirt sei. Man vergißt dabei nur, daß es sich hierbei nicht sowohl um das Recht der *nascituri*, als um das Recht des *Stifters* handelt, die unverbrüchliche Fortdauer seiner Anordnung vom Rechte geschützt zu wissen.

Trotzdem nun haben manche neuere Particulargesetze die Möglichkeit eröffnet, das Familienfideikommiß willkürlich aufzulösen. Bald wird dabei ein s. g. Familienschluß, bald eine Uebereinstimmung aller lebenden Interessenten und der etwa erforderlichen Curatoren verlangt. Bald wird eine solche Auflösung sofort gestattet, bald erst nach Ablauf einer gewissen Zeit, z. B. erst nach mehreren Generationen.

Solche Bestimmungen sollten juristisch eigentlich nicht so aufgefaßt werden, daß damit eine dem Stiftungswillen entgegenstehende Macht der Zerstörung des Gestifteten constituirt wäre; vielmehr sollte diese Möglichkeit der Endschaft als ein von vorn herein die Dauer der Stiftung bedingendes Moment betrachtet werden. Es läge dann in solchen Bestimmungen nichts dem juristischen Charakter des Instituts formell Widersprechendes, sondern nur der Satz: das Recht schützt die Dauer einer Familienfideikommißstiftung nur auf so lange, als die berufenen Interessenten dieß wollen. Die Fortdauer der Stiftung würde dann in den nachstiftenden Willen der successiv eintretenden Familienglieder verlegt; sie hätte keine bloß abstracte Existenz durch einen Rechtssatz, sondern beruhte lediglich auf der Homogenität des Willens der nachfolgenden Geschlechter. Diesen würde die Macht gegeben, das beschränkte Fideikommißeigenthum jederzeit durch Entbindung von seinem tendenziösen Inhalte in freies Eigenthum zu verwandeln.

Vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik läßt sich der Gedanke nicht unbedingt verwerfen, daß das Familienfideikommiß dem Einflusse der im Wechsel der Zeiten stattfindenden Bewegung der Familie und ihrer Interessen einigermaßen zugänglich sein müsse. Eine Vorschrift, welche die bloße Veränderung des Familienfideikommisses gestattet, wird daher eher zu billigen sein, als eine Vorschrift, welche die Auflösung zuläßt. Solche Veränderungen werden sich namentlich auf die Successionsordnung beziehen, z. B. Einführung der Primogenitur. Ob eine solche indessen auch ohne einen positiven Rechtssatz erlaubt sei, wird nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit der concreten Stiftungsurkunde bestimmt werden können, wobei zu prüfen ist, ob der Stifter in jener Beziehung mehr oder

weniger freie Hand gelassen hat. Hat er z. B. über die Successionsordnung gar Nichts bestimmt, so daß sie alsdann nicht in dem Stiftungswillen, sondern nur in der Anwendung der gemeinrechtlichen Simultanerbfolgeordnung beruht, so wird eine Disposition der Interessenten, welche die Primogenitur einführt, unter Umständen sogar als dem Willen des Stifters entsprechend gefunden und daher geschützt werden müssen, wenn nämlich die Verhältnisse der Art sind, daß nur so der Gedanke der Stiftung aufrecht erhalten werden kann.

8.

Die vorstehende Erörterung sollte die juristische Natur der Familienfideikommisse nach ihren innerlichen Momenten construiren. Werfen wir am Schlusse noch einen Blick auf die neueren Particulargesetzgebungen, so finden wir, daß sie unsere Auffassung in manchen wichtigen Punkten bestätigen, während sie freilich auf der andern Seite in erheblicher Weise abweichen. Diese Abweichungen sind jedoch nicht von der Art, daß sie die rechtswissenschaftliche Bedeutung irgend einer unserer Aufstellungen zu beschränken vermöchten. Denn die particularrechtlichen Festsetzungen der neuesten Zeit haben an und für sich für die Wissenschaft des gemeinen Rechts keine größere Auctorität, als die theoretischen Meinungen der Schriftsteller, auf welche sie sich wesentlich stützen; man kann in ihnen nichts Anderes erblicken, als Versuche, die zweifelhaften Fragen der Lehre für das praktische Bedürfniß zu beantworten.

Im Ganzen wollen sie dieselben materiellen Resultate, welche wir für unser Institut gewonnen haben. Charakteristisch aber ist für sie, daß sie diese nicht als die Consequenzen eines innerlich selbständigen, auf eigenthümlichem

Boden stehenden, geschlossenen Ganzen hinstellen, sondern durch die mechanische Hülfe fremder und nur äußerlich herbeigezogener Kräfte zu erzielen streben. In diesem Bestreben geht die einfache juristische Natur des Instituts verloren, es wird zu einer künstlichen Composition der verschiedensten Mittel, die freilich in ihrer Gesammtheit demselben Zwecke dienen.

Vor Allem zeigt sich dieß in Bestimmung der Garantie der durch die Stiftung berufenen Anwärter gegen willkürliche Ueberschreitung der Rechtsgränze des Inhabers. Statt diese in einer eigenthümlich gearteten Natur des Eigenthumes selbst zu suchen, zerlegen sie mechanisch das Recht des Inhabers und der Anwärter in zwei selbständige Größen: jener hat nur einen Nießbrauch, oder ein Nutzeigenthum, diese haben das Eigenthum oder ein Obereigenthum. So das preußische[15]), österreichische[16]), bayrische[17]) Recht. Im Ganzen kommt man damit nach äußerer Anschauung freilich ziemlich ebensoweit als mit unserer Construction; aber ganz abgesehen davon, daß, wie wir oben gezeigt haben, ein wesentlicher Theil des geistigen Gehalts des Instituts dabei unberührt bleibt, kann doch überhaupt diese Methode höheren wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügen. Statt in den Kern der Sache einzudringen, und diesen in entsprechender Weise auszubilden, schleicht sie rings um ihn herum und behilft sich mit mehr beschreibenden als entscheidenden Begriffen, die dann willkürlich bald in dieser,

---

15) Bornemann, Preußisches Civilrecht. 2. Aufl. 6. Band 1844 S. 372 flg.

16) Zeiller, Commentar über das österr. Gesetzb. zum Artikel 629.

17) Auch der neue bayrische Entwurf über Familienfideikommisse von 1854 Art. 8 und 9 hat diesen Grundsatz des älteren Rechts festgehalten.

bald in jener Richtung modificirt werden können. Was ist denn der Begriff eines abstrakten Nutzungsrechts und des Obereigenthums anders als ein doctrinärer Nothbehelf? Kann man denn wirklich sagen, daß er eine wissenschaftliche Wahrheit und Ursprünglichkeit in sich trage?

In noch auffallenderer Weise machen sich jene Gesichtspunkte geltend bei der Festsetzung des Rechts des Inhabers, die Nachfolger als solche mit einer Schuld zu belasten. Daß die Particularrechte den Gedanken der Nachstiftung mehr oder weniger klar haben und wirklich zur Geltung bringen, ist unzweifelhaft. So bestimmt das k. hannover'sche Gesetz über die Errichtung von Familienfideikommissen vom 13. April 1836 im § 35: „nur in dem Falle, wenn die Erhaltung der Majoratsgüter selbst einen außerordentlichen Aufwand erfordert, und der Fideikommißinhaber auf andere Weise Rath zu schaffen nicht im Stande ist, soll unser Ministerium behuf Bestreitung eines solchen Aufwands die Einwilligung zu einer dann auch die Nachfolger bindenden Anleihe zu ertheilen befugt sein. Allein diese Einwilligung darf nur auf gewisse Jahre und unter der Bedingung ertheilt werden, daß in dieser Zeit die Schuld aus den Einkünften des Majorats abgetragen werde." Ferner das braunschweigische Gesetz, die Errichtung von Familienfideikommissen betreffend vom 28. März 1837 im § 22: „in dem einen Falle, wenn die Erhaltung oder nachhaltige Verbesserung des Stammguts selbst einen außerordentlichen Aufwand erfordert und der Gutsinhaber andere Mittel zur Befriedigung dieser Bedürfnisse nicht herbei zu schaffen vermag, kann derselbe, jedoch nur mit landesherrlicher Einwilligung, und wenn er keine zunächst zur Succession berufene Descendenten hat, zugleich mit Zustimmung des in der nächsten Seitenlinie zu-

nächst berufenen Stammgutsnachfolgers, ein auch die Nachfolger verbindendes Anlehen aufnehmen."

Aber anstatt die Berechtigung zu dieser Obligirung der Nachfolger, sowie die Voraussetzungen und Gränzen derselben in der materiellen Natur des Instituts selbst zu suchen und nach inneren Momenten festzusetzen, wird hier eine fremde Macht aufgestellt und in ihrem mechanischen Eingriffe die formelle Legalisirung gefunden. Die praktische Nützlichkeit einer solchen gesetzlichen Bestimmung verkenne ich keineswegs; nach meiner Ansicht aber müßte das Recht der Nachstiftung an sich anerkannt und der Solennisirung derselben durch Behörden oder durch Anwärter nur die Bedeutung beigelegt werden, daß dadurch der sonst nach Umständen so schwierige Nachweis der materiellen Voraussetzungen ersetzt werden könnte. In ähnliche Schranken müßte nach meiner Ansicht auch in Bezug auf andere Punkte des Fideikommißrechts die Einwirkung der Behörden zurückgeführt werden.

Noch weiter in der bloß mechanischen Festsetzung der Garantieen geht das österreichische Gesetzbuch, indem es im Art. 635 ganz allgemein und ohne alle Beschränkung bestimmt, daß ein Fideikommißinhaber mit Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde „ein Drittheil des Fideikommißgutes" verschulden könne.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt der, übrigens wie mir scheint, überhaupt unklar gefaßte Art. 11 des angeführten bayrischen Entwurfs ein.

Vielleicht trägt die vorliegende Abhandlung dazu bei, daß bei künftigen Gesetzen über Familienfideikommisse das praktische Interesse in einer den Ansprüchen der Wissenschaft genügenderen Weise befriedigt wird.

III.

Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reiv. utilis, Connossement).

Von

R. Jhering.

Von einer Uebertragung der reivindicatio auf Nichteigenthümer kann man im römischen Recht in einem doppelten Sinn sprechen, in einem formellen oder historischen, und in einem materiellen oder dogmatischen Sinn. Der Begriff der auf Herausgabe des Besitzes gerichteten specialis in rem actio existirte Jahrhunderte lang nur in einer einzigen Spezies, der reivindicatio. Als im Laufe der Zeit verschiedene andere Spezies hinzukamen, die act. hypothecaria, Publiciana, die in rem actio des Emphyteuta, erfolgte diese Erweiterung, wie es einmal in der Weise des römischen Rechts lag, in möglichst engem Anschluß an das Bestehende durch Uebertragung der reiv. oder eine reiv. util. Diese Uebertragung war hier aber etwas rein Formelles; materiell waren hier überall neue, von der reiv. sowohl in ihren Voraussetzungen als Wirkungen verschiedene Klagen geschaffen

und vom Standpunkt des heutigen Rechts aus wäre es verkehrt, hier von einer Ausübung der reiv. durch Nicht-Eigenthümer zu reden. Dagegen kennt auch noch das heutige Recht Fälle, in denen diese Bezeichnungsweise durchaus gerechtfertigt ist, die beiden Fälle der Uebertragung der reiv. durch Cession und durch Gesetz (reiv. utilis), und sie bilden den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung.

Das Bedürfniß einer Bearbeitung dieses Gegenstandes möchte um so weniger in Zweifel zu ziehen sein, als derselbe von jeher sowohl von Seiten der römischen als modernen Jurisprudenz eine höchst stiefmütterliche Behandlung erfahren hat, eine Behandlung, die er selbst weder durch ein geringes wissenschaftliches, noch practisches Interesse verschuldet hat. Was unsere Quellen uns rücksichtlich seiner darbieten, beschränkt sich für den Fall der Cession auf eine bloße Erwähnung derselben, für die reiv. util. aber auf eine Aufzählung der einzelnen Fälle; an einer Theorie des Verhältnisses fehlt es gänzlich. Die Literatur ist kaum minder dürftig zu nennen [1]), und das Verhalten der modernen

---

1) Dieser Tadel trifft nicht bloß das Hauptwerk über Cession, die bekannte Schrift von Mühlenbruch, sondern auch den Aufsatz von Puchta über die Cession im Rechtslexikon B. II S. 638. Während Letzterer die Cession der reiv. hier so wenig wie in seinem Lehrbuch der Pandekten nur einmal erwähnt (worin er freilich das Beispiel der meisten Lehrbücher für sich hat; nur wenige machen eine Ausnahme, so z. B. Arndts, Pandekten § 112 u. § 145 Not.), hat Ersterer die Frage zwar an einigen Stellen seines Werks berührt (S. 18, S. 247 fl., S. 507), allein theils auch dies nur obenhin und ohne in das practische Detail einzugehen, theils aber hat er sie unter einem Gesichtspunkt betrachtet, der als eine gänzliche Verkennung des Verhältnisses bezeichnet werden muß, nämlich unter dem eines obligatorischen Verhältnisses zwischen Cedent und Besitzer der zu vindicirenden Sache. Mühlenbruch kann sich von der Idee nicht frei machen, daß die Cession die Uebertragung eines Forde-

Jurisprudenz zu der vorliegenden Frage gewährt mir einen schlagenden Beleg zu dem ihr in der ersten Abhandlung gemachten Vorwurf, daß sie sich vorzugsweise auf eine receptive Thätigkeit beschränkt habe. Da die Quellen das Verhältniß nicht genauer behandeln, so hat auch sie sich eines nähern Eingehens enthalten. Die Folge davon bestand aber nicht bloß darin, daß sie unsere Lehre um nichts gefördert, sondern daß sie dieselbe mit Irrthümern versetzt hat, die unsere Quellen, wenn man sie nur ohne Vorurtheil betrachten will, nicht verschuldet haben. Zu diesen Irrthümern gehört namentlich die Identificirung der reiv. util. mit dem Eigenthum, die wenigstens für gewisse Fälle zum unangefochtenen Glaubenssatz geworden ist. Sodann die Ansicht, daß die reiv. util. auch in den Fällen, wo sie gegen den wahren Eigenthümer gegeben wird (ich nenne sie die reiv. util. im technischen Sinne), gegen dritte Besitzer der Sache gerichtet werden könne — eine Ansicht, von deren Richtigkeit man von jeher so überzeugt war, daß man nie darauf gekommen, sie einer Prüfung zu unterwerfen.

Ich werde im Folgenden zuerst die Cession und die zu ihr gehörende reiv. util. im vulgären Sinn (I), dann die reiv. util. im technischen Sinn behandeln und zwar zunächst die einzelnen Fälle derselben (II), sodann die Theorie dieser Klage (III) und schließlich den Gesichtspunkt der Cession der Vindication zur Construction eines modernen Verhältnisses benutzen, dessen befriedigende Erklärung meines Erachtens bisher noch nicht gelungen ist, nämlich des angeblichen Eigenthumsübergangs an der Waare durch Uebertragung des Connossements (IV).

---

rungsverhältnisses ist, während gerade der Fall der Cession einer reiv. diese Idee hätte unmöglich machen müssen.

I.

Die Cession der Vindication.

In unsern Quellen wird dies Verhältniß nur in einigen wenigen Stellen erwähnt[2]), und das Einzige, was sich aus ihnen entnehmen läßt, würde etwa in den Sätzen bestehen: eine solche Cession ist rechtlich möglich, und sie kann rechtlich nothwendig, d. h. Gegenstand einer Verpflichtung sein — zwei Sätze, zu deren Annahme wir nicht erst eines positiven Zeugnisses bedürften. Denn was zunächst den ersteren anbetrifft, so würde auch bei gänzlichem Schweigen unserer Quellen die rechtliche Möglichkeit einer solchen Cession schwerlich in Zweifel gezogen werden. Die Cession ist nach römischem Recht bekanntlich keine Uebertragung des Rechts selbst, sondern der Klage, und wenn man sie bei persönlichen Klagen zuließ, so ist nicht abzusehen, warum es bei dinglichen Klagen anders hätte sein sollen. Beide Arten der Klage konnte man durch einen procurator erheben und folglich, da die Cession ihrer ursprünglichen historischen Form nach nichts war als Bestellung eines procurator in rem suam, auch cediren. Ebenso unbedenklich und selbstverständlich muß der zweite Satz erscheinen. Kann der Eigenthümer die reiv. cediren, so kann er dies ebensowohl gezwungener- als freiwilligerweise thun, es kann also die Cession der Vindication Gegenstand einer Obligation sein, so z. B. auf Seiten des Verkäufers, wenn ihm die Sache ohne seine Schuld abhanden gekommen,

> l. 14 pr. de furt. (47. 2) ... mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem

---

2) l. 25 § 8 Locati (19. 2) l. 21, 63 de R. V. (6. 1), l. 39 de don. int. V. (24. 1), l. 14 pr. de furt. (47. 2), l. 35 § 4 de cont. emt. (18. 1) § 3 J. de emt. (3. 24), l. 9 Cod. de her. vel act. vend. (4. 39).

auf Seiten des Vermiethers, wenn z. B. dem Miether die Früchte vom Felde gestohlen oder des Deponenten, Commodanten u. s. w., wenn der Empfänger der Sache sie verloren und ihm dafür Entschädigung hat leisten müssen.

l. 25 § 8 Locati (19. 2). Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere.

So kann es auch im Vindicationsprozeß selbst zur Cession der Klage kommen, wenn nämlich der Besitzer die Sache ohne seine Schuld verloren hat; theils von Seiten des Vindicanten an den Besitzer, wenn letzterer zur Leistung der Litis aestimatio verurtheilt wird,

l. 63 de R. V. (6. 1). Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a judice, si desideret ut adversarius actione sua cedat[3]);

theils von Seiten des Besitzers an den Vindicanten, wenn jener seit der Litiscontestation durch Usucapion Eigenthümer geworden.

l. 21 ibid... absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori.

Das, was wir in unsern Quellen über unser Verhältniß wirklich finden, ist also so gut wie werthlos, und das, was wir wissen möchten, erfahren wir nicht. Worin hat es nun seinen Grund, daß, während sie für die Cession der persönlichen Klagen ein so reiches Material darbieten, dasselbe für die Cession der Vindication so ungemein dürftig ist? Stellen wir die Frage von vorn herein etwas anders,

---

3) Dagegen erwähnt Paulus in l. 47 de R. V. (6. 1) bei Besprechung desselben Verhältnisses die Cession der Vindication nicht, sondern legt dem Kläger die Caution auf: quod per non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri.

nämlich dahin: worauf beruht es, daß jene Art der Cession diese zweite in ihrer wissenschaftlichen Ausbildung so unverhältnißmäßig überflügelt, sie so gänzlich in den Schatten gestellt hat, so ist damit schon die Antwort gegeben. Das Bedürfniß einer Uebertragung des Rechts ließ sich bei der Obligation nur auf indirektem Wege befriedigen — durch Uebertragung der Ausübung des Rechts in Form der Cession der Klage — bei dem Eigenthum hingegen auf direktem, durch Tradition, Mancipation u. s. w. Während also die Cession der Klage sich bei der Obligation als das einzige Mittel darstellte, hatte dasselbe beim Eigenthum ein anderes ungleich vollkommneres neben sich, und nur in dem Fall lag auch hier ein Anlaß, sich desselben zu bedienen, vor, wo die Anwendung des vollkommneren nicht möglich war, d. h., wo der Eigenthümer nicht tradiren konnte, weil er den Besitz verloren hatte, ja es war sogar nur in diesem Fall denkbar, denn wenn der Eigenthümer selbst besaß, gab es keine reiv., die er hätte cediren können. So war und ist die Anwendbarkeit der Cession der reiv. eine unendlich beschränktere, als die der persönlichen Klagen; sie setzt stets den Nichtbesitz des Eigenthümers voraus. Innerhalb dieser engeren Gränzen ist sie aber durchaus practisch, ja, insoweit sie als nothwendige vorkommt, absolut unentbehrlich. Haftet nämlich der Eigenthümer nicht schlechthin auf Tradition, sondern nur insofern als er sie beschaffen kann, m. a. W. liegt der Grund seiner Haftung lediglich darin, daß er etwas hat [4]), so beschränkt sich seine Verpflichtung auf die Cession der Klage, da die Klage das Einzige ist, was er in Händen hat, so z. B. in dem Fall der oben citirten l. 63 de R. V. (6. 1). Aber auch da, wo die Verpflich-

4) Jhering, Abhandlungen aus dem röm. R. Leipz., 1844. S. 29 u. fl.

tung von vornherein auf Tradition gerichtet ist, wie z. B. beim Kaufcontrakt, kann sich dieselbe dadurch, daß der Verpflichtete den Besitz schuldloser Weise verliert, hinterher auf bloße Cession der Vindication reduciren. Die Klage tritt hier an die Stelle der Sache, sie erscheint, so zu sagen, als das juristische Residuum, welches nach Verlust der Sache in seiner Person noch übrig geblieben ist; die l. 21 i. f. de her. vend. (18. 4) führt als Analogie an: nam et aream tradere debet exusto aedificio. Jeder, der einem Andern auf eine Sache haftet, ist mindestens verpflichtet, ihm die Vindication zu cediren. Eine interessante Consequenz dieses Gesichtspunctes entwickelt die l. 35 § 4 de cont. emt. (18. 1). Nach dieser Stelle soll nämlich der Verkäufer, wenn die verkaufte Sache eine fremde und dadurch die Benutzung jenes Mittels im Fall des unverschuldeten Verlustes des Besitzes der Sache ausgeschlossen ist, aus diesem Grunde verurtheilt werden: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Daß aber auch die Möglichkeit einer freiwilligen Cession von hoher practischer Wichtigkeit ist, bedarf wohl keiner Ausführung. Um abzusehen von dem Fall, wo bei verschuldetem Verlust der Sache von Seiten des Verpflichteten der Berechtigte es vorzieht, selbst als Vindicant aufzutreten, weil dies z. B. zur Abkürzung dient, so kann es Verhältnisse geben, wo nichts übrig bleibt, als von vornherein den Contract nicht auf Tradition der Sache, sondern auf die Cession der Vindication zu stellen. Man nehme an, es will Jemand wegen plötzlicher Flucht oder Auswanderung sein ganzes Vermögen versilbern, ein Theil desselben befindet sich aber in Händen dritter Besitzer. Eine Tradition ist hier hinsichtlich der letzteren Sachen nicht mög-

lich, der Verkäufer kann und will auch eine Verpflichtung dazu nicht übernehmen; hier bleibt nichts übrig, als statt der Sachen die Klagen zu verkaufen, so daß also der Käufer dieselben auf eigne Gefahr und Kosten anstellt. Ein anderes interessantes Beispiel der freiwilligen Cession werden wir am Ende der Abhandlung im Connossement kennen lernen. Hier dient das Cessionsdocument dem Verkehr practisch als juristisches Surrogat der Sache, d. h. er überträgt letzteres statt der Waare; wer das Connossement in Händen hat, ist legitimirt, als Vindicant aufzutreten, kann sich practisch als Eigenthümer geriren, ungeachtet der Besitz und damit das Eigenthum der Waare noch nicht auf ihn übergegangen ist.

Eine Theorie der Cession der Vindication ist daher in der That ein practisches Bedürfniß. Das römische Recht hat nun zwar eine solche nicht ausdrücklich aufgestellt, allein es gewährt uns die nöthigen Anhaltspunkte, um sie uns auf dem Wege der juristischen Analyse aus den beiden Begriffen, welche hier zusammentreffen, der Vindication und Cession, zu construiren.

Die Cession ward bei den Römern bekanntlich in die Form eines mandatum ad agendum, d. h. der Bestellung eines Prozeß-Procurators eingekleidet. Allein schon in Rom selbst ward diese Form bald eine bloße Form, man ließ eine Consequenz des Mandats nach der andern fallen, und in der rechtlichen Stellung des Cessionars arbeitete sich der richtige Gesichtspunkt, der zugleich den Cessionar vom Prozeßprokurator unterscheidet, der des eignen Rechts mehr und mehr durch. So wenig wie das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers sich unter den Gesichtspunkt eines Auftrages zum Verkauf bringen läßt, ebenso wenig das Recht des Cessionars unter den Gesichtspunkt eines Auftrages zur Klage.

Während das wirkliche Mandat eine Pflicht und darum widerruflich ist und mit dem Tode der einen oder andern Partei untergeht, ist in jenen beiden Fällen ein Recht vorhanden, mithin nicht nur der Widerruf ausgeschlossen, sondern auch der Untergang desselben durch den Tod der Parteien.

Trotz dieser Unabhängigkeit des Cessionars vom Cedenten ist aber andererseits sein Recht ein beschränktes, denn den Inhalt desselben bildet nicht das Recht des Cedenten, sondern nur das der gerichtlichen Geltendmachung dieses Rechts. Mit dem Recht dauert aber in der Person des Cedenten auch das Klagerecht fort, und wenn er sich gleich noch so sehr der eignen Ausübung desselben enthalten soll, so ist ihm dieselbe doch nicht juristisch unmöglich gemacht, er kann mithin das Recht des Cessionars, zwar nicht direct durch Widerruf der Cession, aber indirect durch Anstellung der Klage oder durch Aufhebung des derselben zu Grunde liegenden Rechts, z. B. durch Verzicht, Entgegennahme der Zahlung u. s. w., vereiteln. Daß der Cessionar sich bei persönlichen Klagen durch eine Denunciation an den Schuldner gegen derartige nachtheilige Einwirkungen des Cedenten schützen kann, ist eine Begünstigung, eine Abweichung von der strengen Consequenz des Begriffs.

Wenden wir jetzt diese allgemeinen aus dem Wesen der Cession sich ergebenden Grundsätze auf die Cession der Vindication an, so gelangen wir zu folgender Theorie. An die Spitze stellen wir den Satz:

der Cessionar übt das Klagrecht des Cedenten aus, aber vermöge eignen Rechts.

Darin liegt zweierlei, nämlich

1) es ist das Klagrecht des Cedenten, welches er ausübt. Es gilt mithin von seiner Klage ganz dasselbe, was von der des Cedenten gelten würde, z. B.

rücksichtlich des Beweises [5]), rücksichtlich der Einreden des Beklagten, namentlich der Einrede der Klagverjährung u. s. w. Wenn also im Moment, wo der Cessionar die Klage erhebt, der Cedent nicht mehr klagen könnte, weil z. B. der Besitzer die Sache usucapirt hat, so ist damit auch seine Klage unmöglich geworden. Dasselbe muß folglich auch dann gelten, wenn der Eigenthümer selbst inzwischen den Besitz der Sache erhalten oder sich des Eigenthums zu Gunsten des Besitzers entäußert hat. Im ersten Fall ist er zwar noch Eigenthümer geblieben, allein da er zugleich Besitzer ist, so ist die reiv. eine juristische Unmöglichkeit geworden, im zweiten Fall aber ist mit dem Eigenthum auch die reiv. hinweggefallen, und wo die Klage nicht mehr existirt, kann auch von einer Anstellung derselben durch den Cessionar keine Rede sein.

Es ergibt sich hieraus, wie unsicher das Recht des Cessionars ist. Es charakterisirt sich durch seine dauernde Abhängigkeit von den Voraussetzungen in der Person des Cedenten. Die Lage des Cedenten hat sich dritten Personen gegenüber um nichts verändert, er behält seine Klage sowie sein freies Veräußerungsrecht und hat mithin die Mittel in Händen, das Recht des Cessionars zu vereiteln. Die Cession hat also nicht die Klage von dem einen auf den andern übertragen, sondern sie verdoppelt oder richtiger statt einer Person zwei Personen die Möglichkeit zu klagen verschafft. Man könnte es mit der Aufnahme eines neuen Gläubigers in die Obligation vergleichen, welche ebenfalls, obgleich sie diesem die Möglichkeit der Klage gewährt, doch dem bis-

5) Wie der Eigenthümer selbst zur Erleichterung des Beweises sich der act. Publiciana bedienen kann, so auch der Cessionar, ohne daß es dazu einer besonderen Erwähnung der Publ. im Cessionsdokumente bedürfte.

herigen Gläubiger dieselbe nicht entzieht, und daß in diesem Fall die Klage jedem von beiden direct aus seiner Person zusteht, während der Cessionar nur das Recht der Anstellung aus der Person des Cedenten hat, ein fremdes Recht ausübt.

Wir haben uns mithin die Cession der Vindication keineswegs als eine Ablösung der Klage von der Person des Eigenthümers zu denken. Rücksichtlich der Vindication ist dies freilich in unsern Quellen nirgends gesagt, allein bei der Cession persönlicher Klagen behält der Cedent sein Klagerecht bei, und es wird wohl kaum beanstandet werden, daß wir hierin nichts Besonderes für eine Art der Cession, sondern eine Consequenz des Gattungsbegriffes: Cession zu erblicken haben. Bei der letztern Art der Cession tritt aber mit der Denunciation eine solche Ablösung in der That ein[6]),

6) Soll man sagen: die cedirte Klage ist fortan bloß gegen die nachtheiligen Einwirkungen des Cedenten geschützt, oder aber, wie ich es thue, sie ist von der Fortdauer der Obligation selbst unabhängig geworden? Der Sinn der Frage ist folgender. Die Obligation kann auch ohne eine Disposition des Cedenten untergehen, z. B. durch Confusion, wenn der Schuldner den Cedenten beerbt. Jenachdem man sich für die eine oder andere Auffassung erklärt, ist das Recht des Cessionars untergegangen oder dauert fort. Ich nehme letzteres an, und der juristische Ausdruck für diese Annahme ist Unabhängigkeit der cedirten Klage von der Fortdauer der Obligation — ein ähnliches Verhältniß, wie es bei dem constitutum vorkommen kann l. 18 § 1 de const. pec. (13. 5) ... si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus tenet constitutum, quia retrorsum se actio refert. Das Vorhandensein einer Obligation ist ein transitorisches, kein immanentes Requisit des Constitutum, ähnlich wie das Eigenthum des Verpfänders für das Pfandrecht. Mit der Denunciation tritt an die Stelle der alten, theoretisch noch fortdauernden Obligation eine neue, von ihr völlig unabhängige, und die practische Kraft der Obligation ist so sehr auf letztere übergegangen und erstere so sehr zu einem rein doctrinellen Schatten geworden, daß, wenn z. B. der Cessionar auf sein Recht verzichtete, dies nur dem

das Recht des Cedenten ist practisch beseitigt, das Recht des Cessionars hat dasselbe absorbirt. Dürfen wir nun bei der reiv. dasselbe annehmen, läßt sich auch hier die fernere Wirksamkeit des Rechts des Cedenten durch eine Denunciation des Cessionars an den Besitzer der Sache ausschließen? Ich glaube nicht. Nicht als ob ich die juristische Möglichkeit und legislative Denkbarkeit einer solchen Gestaltung des Verhältnisses bezweifeln wollte; eine neuere Gesetzgebung könnte sich des Gedankens vielleicht mit Erfolg bemächtigen. Die Abweichung von der ursprünglichen Natur der reiv. wäre hier kaum größer, als eine andere, die das römische Recht in der That zugelassen. Der Besitz in der Person des Beklagten ist für diese Klage nicht minder wesentlich, als Eigenthum in der des Klägers. Wenn nun das römische Recht für den Fall der dolosen Aufgabe des Besitzes die reiv. von dem Requisit des gegenwärtigen Besitzes entbunden und sie auf Grund des früheren Besitzes hin in der Person des Beklagten fixirt hat, so wäre es nicht minder denkbar, daß es für den Fall der Cession die Existenz der Voraussetzungen in der Person des Cessionars im Moment der Denunciation für genügend, den spätern Wegfall derselben (Aufgabe des Eigenthums von Seiten des Cedenten) für gleichgültig erklärt hätte. Es wäre dies nach beiden Seiten hin die äußerste Sublimirung, deren die reiv. fähig wäre. Das reale Vorhandensein ihrer Voraussetzungen, des Eigenthums beim Kläger, des Besitzes beim Beklagten, wäre hier auf einen Moment in der Vergangenheit geworfen, und

---

Schuldner zu Gute käme, nicht aber die Forderung des Cedenten, wie nach dem Wegfall eines Hindernisses der Geltendmachung, zu neuer Kraft erwachte. Das Recht des Cedenten nach der Denunciation ist ein nudum jus Quiritium, das die heutige Theorie alle Ursache hätte aufzugeben.

dadurch eine reiv. von Seiten eines Nichteigenthümers gegen einen Nichtbesitzer möglich geworden. Eine solche Gestaltung der Cession der Vindication würde es dem Verkehr möglich machen, die reale Uebertragung und Circulation der Güter durch Uebertragung der Klage, also durch eine rein juristische Operation zu ersetzen, in ähnlicher Weise wie er die reale Uebersendung des Geldes durch juristische Surrogate wie Wechsel, Anweisungen u. s. w. entbehrlich macht. Die Denunciation an den Besitzer der Sache würde genügen, den Cessionar juristisch ebenso sicher zu stellen, als es durch Uebertragung des Eigenthums an einer factisch in fremdem Gewahrsam verbleibenden Sache nur irgend möglich wäre. Findet die Denunciation bei dieser Art der Cession nicht Statt, so bleibt auch so immerhin noch ein solches Uebertragen der Vindication von dem Einen auf den Andern practisch denkbar und vortheilhaft, allein die Sicherheit der ganzen Operation beruht dann lediglich auf der Redlichkeit des Eigenthümers, da letzterer, wenn er will, den Erfolg der cedirten Klage durch Veräußerung der Sache vereiteln kann.

So sehr also unser Verhältniß dem Bisherigen nach an Festigkeit und innerer Abrundung gewinnen würde, wenn wir auch hier die Denunciation mit ihren bekannten Wirkungen für statthaft erklärten, so halte ich es doch nicht für zulässig. Ich kann nämlich die Denunciation nicht anders auffassen, denn als ein nur bei der Cession der Forderung gebotenes und nur dieser einzelnen Art der Cession eigenthümliches Sicherungsmittel. Daß unsere Quellen der Denunciation bloß mit Rücksicht auf Forderungen gedenken, würde mich nicht abhalten; eine analoge Ausdehnung würde, wenn sonst nur die Voraussetzungen derselben vorhanden wären, in diesem

Fall um so mehr am Platz sein, als unsere Quellen uns auch anderwärts durch ihr Schweigen über die Cession der Vindication zur Benutzung dieses Hülfsmittels zwingen. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß die Voraussetzungen der analogen Ausdehnung hier vorliegen. Die Denunciation ist keine Consequenz des reinen Cessionsbegriffs, sondern eine Abweichung von demselben. Bei der Cession der persönlichen Klagen mußte diese Abweichung geboten erscheinen, denn sollte die Cession der Klage, wie es ja der Zweck war, practisch eine Uebertragung der Forderung selbst bewerkstelligen, so bedurfte es einer Sicherung des Cessionars gegen die ferneren Dispositionen des Cedenten. Ganz anders bei der Cession der Vindication. Für die Uebertragung des Eigenthums gewährt ja das Recht ein directes Mittel, die Tradition, es verweist also den Verkehr nicht, wie dort, ausschließlich auf den Weg der indirecten Uebertragung durch die Klage, und es kann mithin die Zumuthung, diesen Weg besonders zu ebnen und auf ihn einen Rechtssatz zu übertragen, der weder durch das Bedürfniß geboten, noch mit dem Begriff der Cession gegeben ist, zurückweisen. Was die Tradition beim Eigenthum, soll die Denunciation bei der Forderung; sie hat in dem Zweck der practischen Uebertragung eine Forderung, nicht in dem dafür allein zu Gebote stehenden juristischen Mittel, der Cession der Klage ihren Grund. Es ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß das Verhältniß der Klage zum Recht in beiden Fällen ein höchst verschiedenes ist. Während bei der Forderung die Klage das Recht fast ganz in sich aufgenommen hat, in dem Maße, daß die Anstellung derselben nach Grundsätzen des römischen Prozesses das Recht selbst tilgte und neu wiedererzeugte, die Cession einer persönlichen Klage mithin den schließlichen Uebergang der Forderung auf

den Cessionar bewirkte, verhält sich dies beim Eigenthum bekanntlich ganz anders. Die Differenz zwischen Klage und Recht ist hier ungleich größer, die Litis-Contestation im Vindicationsprozeß des Cessionars bewirkt rücksichtlich des Eigenthums selbst keine Veränderung; der Cedent behält es auch jetzt noch und würde es auch, ohne daß er die Sache selbst besitzt, z. B. durch Legat auf einen Andern übertragen können. Eine Entziehung der Klage gegen den Denunciaten beraubt den Cedenten einer Forderung practisch seines Rechts; der Zweck der Ausschließung des Gläubigers und aller Andern, auf die er später die Ausübung des Rechts übertragen wollte, ist durch den Akt der Denunciation an den Einen Schuldner vollkommen erreicht. Wie ganz anders bei der reivindicatio! Denn gesetzt, es würde der Eigenthümer durch die Denunciation an den jetzigen Besitzer ihm gegenüber von der Geltendmachung seines Rechts ausgeschlossen, — wie, wenn die Sache ohne Schuld des Besitzers in fremde Hände kömmt, oder der Eigenthümer die Sache verpfändet? Kurz, das Verhältniß bei der einen und andern Art der Cession ist zu verschieden, als daß man Alles, was von der einen gilt, auch auf die andere übertragen dürfte.

Daß die Denunciation nichtsdestoweniger auch bei der Cession der dinglichen Klage rathsam sein kann, steht dem nicht entgegen. Sie kann dem Cessionar möglicherweise nicht bloß als factisches Sicherungsmittel gegen eine Vindication des Cedenten dienen, sondern auch dem Besitzer gegenüber als Schutzmittel gegen dolose Alienationen. Allein sie fungirt hier dann nicht als Denunciation im juristischen Sinn.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung besteht also darin: das Recht des Cessionars ist ein höchst unsicheres, es kann bis zur wirklichen Klagerhebung vom cedirenden Ei-

genthümer jederzeit vereitelt werden. Wie aber, wenn der Cessionar bereits Klage erhoben hat? Auch jetzt ist er noch nicht Eigenthümer, denn er wird es erst, wenn überhaupt die Cession den Zweck hatte, ihm Eigenthum und nicht etwa bloß Besitz [7]) zu verschaffen durch die wirkliche Herausgabe der Sache. Auch jetzt also kann der Cedent den Erwerb des Eigenthums dadurch verhindern, daß er dasselbe dem Besitzer und Beklagten oder, soweit es ohne Besitzübertragung möglich ist, einem Andern überläßt. Wenn nun immerhin der Cessionar später den Besitz erlangte, so würde doch die Voraussetzung des Eigenthumserwerbs — das Eigenthum des Autors im Moment der Besitzergreifung — hinweggefallen sein. Nur gegen eine Möglichkeit der Elidirung seines Rechts würde er von jetzt an unzweifelhaft in Schutz zu nehmen sein (die Thatsache der unbedingten und unwiderruflichen Cession der reiv. vorausgesetzt), wenn nämlich, nachdem er bereits Klage erhoben, der cedirende Eigenthümer selbst oder ein anderer Cessionar mit der Vindication auftreten wollte. Die reiv. des Cedenten und mithin aller andern Cessionare, die bis dahin eine ihnen allen offen stehende Möglichkeit war, wäre jetzt, so zu sagen, consumirt. Wenn beide gleichzeitig auftreten, müßte ebenfalls der Cessionar dem Cedenten, und der erste Cessionar dem zweiten vorgehen.

Die bisherige Erörterung halte den Zweck, die Consequenzen des oben angestellten Satzes zu entwickeln, daß der Cessionar das Klagerecht des Cedenten ausübt. Wir wenden uns

2) dem Satz zu, daß er es vermöge eignen Rechts

7) Davon unten; hier nur als Beispiel, daß der Eigenthümer ein Prekarium durch Cession der reiv. vermitteln kann.

ausübt. Dieser Satz bedarf jedoch keiner weiteren Ausführung, denn nach dieser Seite kommen ganz die gewöhnlichen Grundsätze zur Anwendung; für diesen Gesichtspunkt ist die Verschiedenheit des Gegenstands der Cession, ob die Klage eine persönliche oder dingliche ist, vollkommen gleichgültig. Der Gesichtspunkt des eignen Rechts schließt auch für die Cession der reiv. die Anwendung der Mandatstheorie aus, namentlich also die Möglichkeit eines Widerrufs von Seiten des Cedenten, Einfluß des Todes u. s. w. Daraus folgt jedoch nicht, daß nicht auch eine solche Cession, wie andere Rechtsgeschäfte unter Vorbehalt des Widerrufs möglich ist, also z. B. wenn sie nur zum Zweck der Verschaffung eines precario versprochenen Besitzes oder auf Grund eines mit dem pact. diplicentiae versehenen Kaufcontrakts vorgenommen wird. Mit dem Widerruf des Prekariums oder der Ausübung des Reurechts würde hier natürlich auch die Cession rückgängig gemacht. Die Möglichkeit des Widerrufs würde hier aber nicht in dem Wesen der Cession, sondern in dem Willen der Interessenten ihren Grund haben. Abgesehen nun von einem solchen Fall ist der Widerruf des Cedenten, möge er dem Cessionar oder dem Besitzer der Sache gegenüber versucht sein, völlig unwirksam. Wie aber, wenn der Cedent auf die oben bezeichnete indirecte Weise das Recht des Cessionars vereitelt hat? Liegt schon in dem Akt der Cession als solchem ein obligatorisches Moment, welches den Cedenten in diesem Fall haftbar macht, oder müssen wir zu dem Zweck auf das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (die causa cessionis), z. B. den Verkauf der Sache, rekurriren? Ich glaube nicht. Denn so wenig sich immerhin die Frage von der Haftung des Cedenten aus der Cession als solcher, sondern nur aus der causa

beantworten läßt [8]), so schließt doch schon der Gesichtspunkt eines durch die Cession auf den Cessionar übertragenen Rechts die Verpflichtung des Cedenten in sich, ihm dasselbe weder direkt, noch indirect zu entziehen, und so würde z. B. auch der Schenker, der sich der Cession der reiv. zur Vermittlung der Schenkung bedient hätte, ungeachtet er für die Eviction der geschenkten Sache nicht haftete, dennoch diese Verpflichtung anzuerkennen haben. In der Anstellung der reiv. von Seiten des Cedenten kann aber nicht schlechthin eine Verletzung dieser Verpflichtung gefunden werden, es ist ja möglich, daß der Eigenthümer sich dazu gerade im Interesse des Cessionars entschloß, also als neg. gestor handelte. Man nehme z. B., daß die Sache gestohlen war und jetzt am Wohnort des Cedenten zum Vorschein kommt, während der Cessionar abwesend ist. Daß der Cedent dem Besitzer gegenüber berechtigt ist, sie zu vindiciren, bedarf keiner Bemerkung, und ebenso wenig, daß er durch eine Vindication im Interesse des Cessionars das Recht des letzteren nicht verletzt.

Wie der Cessionar bei einer persönlichen Klage, so wird er auch bei der reiv. sein Recht durch weitere Cession auf einen Andern übertragen können. Der Erfolg der wirklichen Anstellung der Klage wird auch in der Person der späteren Cessionare derselbe sein müssen, wie in der des ersten Cessionars, denn die Klage ist ja nur das Mittel, das beabsichtigte Verhältniß an der Sache selbst zu begründen, und

8) Das Verdienst, diesen von Andern bereits aufgestellten Gesichtspunkt mit aller Consequenz und Schärfe durchgeführt zu haben, hat sich A. Schliemann in seiner wenig bekannt gewordenen (vielleicht weil im Jahre 1848 und in Commission erschienenen) Schrift: Die Haftung des Cedenten, ein Beitrag zur Lehre von der Cession. Rostock, 1848 erworben. Ich ergreife gern die Gelegenheit, auf diese Schrift aufmerksam zu machen.

da die Möglichkeit einer solchen Begründung (möge das Verhältniß selbst Eigenthum, Besitz, Detention sein) durch Stellvertreter realisirt werden kann, so läßt sie sich auch auf Andere als Recht übertragen.

Worin besteht nun der schließliche Erfolg der vom Cessionar angestellten reiv.? Diese Frage beantwortet sich nach der Absicht der Parteien oder dem Zweck der Cession. Der Zweck kann bestehen in Vermittlung einer Eigenthumsübertragung. Die Cession hat hier die Bedeutung einer dem Cessionar gegebenen Ermächtigung, sich die Sache zu holen; es ist also eine Tradition beabsichtigt, und es geht mithin mit erlangtem Besitz auch das Eigenthum auf den Cessionar über[9]). Der Zweck kann aber auch bloß auf Besitzübertragung gerichtet sein, so z. B. bei dem Verkauf der Sache, wenn nicht auf Credit gehandelt oder ein pact. reservati dominii hinzugefügt war, so ferner in dem bereits erwähnten Beispiel des Precarium. Ja, es kann endlich dem Cessionar bloß die Detention zugedacht sein, z. B. wenn dem Commodatar oder dem Miether die Klage cedirt ist. Für den Besitzer der Sache macht dies begreiflicherweise keinen Unterschied; er leistet an den Cessionar ganz so, wie an den Eigenthümer.

Schließlich verdient noch die Bemerkung einen Platz, daß nach neuerm römischen Recht ein mandatum ad agendum ebenso wenig bei der Cession dinglicher, als bei der persönlicher Klagen nothwendig ist. Zu Justinian's Zeit schien man dies bezweifelt zu haben, und Justinian fand es nöthig, diese Zweifel durch eine eigne Constitution, die l. 9 Cod. de her. vel act. vend. (4. 39) zu beseitigen. Nach

9) l. 6 de donat. (39. 5)... quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. l. 47 de R. V. (6. 1).. si res absens sit, tunc cum possessionem ejus .. nactus sit.

Analogie des Käufers einer persönlichen Klage, sagt er hier, solle auch dem einer dinglichen Klage (ohne Cession) eine utilis actio zustehen. Die utilis actio ersetzt hier nur den Akt einer ausdrücklichen Cession, im Uebrigen ist die Klage ganz als cedirte zu behandeln. Völlig verschieden von einer solchen reiv. util. ist aber diejenige, die wir im Folgenden kennen lernen werden; der Gesichtspunkt einer fingirten Cession ist bei letzterer ebenso unmöglich, wie bei jener nothwendig. Wo unsere Quellen den Ausdruck reiv. util. gebrauchen, verstehen sie darunter immer die letztere, ohne daß ich aber damit bestreiten will, daß derselbe nicht auch in jener andern Bedeutung durchaus römisch ist. Denn warum sollte nicht utilis bei dinglichen Klagen dasselbe haben bedeuten können, wie bei persönlichen? Zur Unterscheidung einer solchen reiv. util. im allgemeinen oder vulgären Sinn möchte ich vorschlagen, diejenige, die in unsern Quellen allein mit diesem Namen bezeichnet wird, die reiv. util. im technischen oder besondern Sinn zu nennen oder den Ausdruck schlechthin auf letztere zu beschränken, wie ich dies im Folgenden der Kürze wegen thun werde, dagegen die andere Art durch irgend einen Beisatz auszuzeichnen. In der angegebenen Constitution spricht Justinian zwar von act. in rem utilis, allein nicht von reiv. util., und es ist mir kein Beispiel bekannt, wo der letztere Ausdruck in unsern Quellen in einem andern Sinn gebraucht würde, als in dem wir ihn jetzt kennen lernen wollen.

II.

Die Reivindicatio utilis. — Die einzelnen Fälle derselben.

Die quellenmäßige reiv. util. ist nichts weniger, als die durch stillschweigende Cession oder s. g. cessio legis auf

einen Andern übertragene Klage des Eigenthümers. Wäre sie dies, so müßte sie gegen dieselben Personen angestellt werden können, allein weit entfernt davon, daß sie gegen dritte Besitzer ginge, richtet sie sich nur gegen eine Person, gegen die die reiv. directa oder cessa absolut undenkbar ist, gegen den Eigenthümer selbst. So viel möge vorläufig zur ersten Einführung unserer Klage genügen; um näher auf sie einzugehen, wird es nöthig sein, die Anwendungsfälle, in denen sie in unsern Quellen erscheint, und damit das Material, das letztere uns für die Gewinnung einer Theorie dieser Klage darbieten, zusammenzustellen. Wir können aber auch dies nicht thun, ohne schon vorher gegen einen Irrthum zu warnen, der wenigstens bei manchen dieser Fälle nicht selten begangen ist, nämlich die Identificirung des Rechts der reiv. util. mit dem Eigenthum. So geben Manche z. B. dem Soldaten und Mündel an den mit ihrem Gelde gekauften Sachen das Eigenthum [10]), so läßt man ganz allgemein an den bei Auflösung der Ehe vor-

---

10) So z. B. Schweppe, Röm. Privatrecht § 242. Puchta, Pandekten § 149. Arndts, Pandekten Aufl. 2 § 145 Anm. 3 läßt mit Puchta „Jemanden ausnahmsweise für einen andern erwerben, ohne daß er dessen Stellvertreter sein wollte." Andere drücken sich theils mehr oder weniger richtig aus, z. B. Wening-Ingenheim, Lehrbuch § 121, Göschen, Vorlesungen § 234 (der aber freilich, nachdem er das wahre Sachverhältniß angegeben, das dem Soldaten ertheilte Privilegium so faßt: er könne, wenn er wolle, die Sache als die seinige betrachten!), von Vangerow, Leitfaden § 332 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 737 fl.), Sintenis, Civilrecht § 52 Note 7 (der aber, obgleich er nur die reiv. util. gewährt, doch „das Eigenthum als durch den nunmehrigen Entschluß erworben" ansehen will), K. Sell, Dingl. Rechte § 90 (bei dem die reiv. util. gar als Folge davon erscheint, „daß es dem Berechtigten gestattet ist, sich als Eigenthümer zu geriren"), Glück, Commentar B. 8 § 585 (S. 159 fl.), bei dem sich auch die ältere Literatur findet, hat beide Ansichten neben einander!

handenen Dotalsachen das **Eigenthum** auf die Frau zurückfallen, ungeachtet **Justinian** auch hier nur eine reiv. util. gewährt hat.

Indem ich mich jetzt den einzelnen Fällen der reiv. util. zuwende, erinnere ich an die Bemerkung am Anfang der Abhandlung über die richtige Abgränzung unseres Themas. Es kommen in den Quellen, wenn ich sonst keinen Fall übersehen habe, im ganzen 9 Anwendungsfälle unserer Klage vor. So verschieden dieselben im Uebrigen auch sind, so lassen sie sich doch auf einige Hauptgesichtspunkte zurückführen.

In einigen dieser Fälle handelt es sich um **Rückgabe** einer Sache, und dem Berechtigten wird hier neben der persönlichen Klage, die ihm auf Grund der Hingabe zusteht, und zur Verstärkung derselben (s. III). die reiv. util. gewährt. Hätte die römische Jurisprudenz unsere heutige Lehre über die Tradition unter einer Resolutivbedingung gekannt, gegen deren **practische** Gültigkeit ich übrigens, da sie sich gewohnheitsrechtlich festgesetzt hat, keinen Einspruch erheben will, es würde in jenen Fällen einer reiv. utilis nicht bedurft haben. Allein für so unzweifelhaft ich es halte, daß das römische Recht bei dem Kaufcontract und der don. mort. causa eine **wirkliche** (d. h. den Eigenthumsübergang rückwärts und unmittelbar vernichtende) Resolutivbedingung anerkannt, so scheint es mir doch nicht weniger gewiß, daß dasselbe bei allen andern Verhältnissen sich eines anderen unvollkommneren Mittels bedient hat, man könnte es die **unächte** Resolutivbedingung nennen. Der Eintritt der Bedingung, mit der das Eigenthum des Empfängers erlöschen soll, bewirkt hier keinen unmittelbar erfolgenden Rückfall, sondern nur das Entstehen einer auf Rückgabe gehenden Obligation, der Geber hat also nur eine persönliche Klage (in der Regel die condictio ob causam datorum, doch läßt sich

dies Verhältniß auch unter den Gesichtspunkt eines Innominatcontracts bringen). Wenn wir nun in einigen Fällen, die sich sämmtlich auf die Schenkung einer Sache unter einer solchen unächten Resolutivbedingung beziehen, neben der ausdrücklich genannten condictio noch eine reiv. util. antreffen, so geht nicht bloß aus der Bezeichnung der letzteren als einer utilis actio, sondern nicht minder aus der condictio, die bekanntlich mit Ausnahme der cond. furtiva den sichern Schluß begründet, daß der Kläger nicht Eigengenthümer ist, deutlich hervor, daß in diesen Fällen ein Rückfall des Eigenthums selbst nicht angenommen wird, da widrigenfalls die reiv. als directa begründet gewesen wäre. Jene Fälle der Schenkung, in denen die reiv. util. zur Verstärkung der condictio gegeben wird, sind folgende:

1) Rückforderung eines unter der Auflage zu leistender Alimente geschenkten Gegenstandes wegen nicht erfüllten Modus.

> l. 1 Cod. de donat. quae sub mod. (8. 55) .. vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes i. e. actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum condictio quidem tibi in hoc casu i. e. in personam actio jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

In keiner Stelle wird die Natur und Bestimmung der reiv. util. so klar bezeichnet, als in dieser, denn sie wird hier als eine actio, qua dominium pristinum restituatur, also als eine auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtete Klage definirt. Auch ohne diese ausdrückliche Aeußerung würde die ganze Fassung der Stelle (vindicationem impetrare potes .. dandam esse etc.) uns lehren,

daß hier nicht an einen ipso jure erfolgten Rückfall des Eigenthums gedacht werden kann.

2) Rückforderung der Brautgeschenke bei Rücktritt Eines der Verlobten.

Die reiv. util. in diesem Fall beruht auf einer Interpolation der l. 2 Cod. Theod. de spons. (3. 5) in der l. 15 Cod. Just. de don. a. n. (5. 3). In der ursprünglichen Fassung dieser Constitution von Constantin hieß es bloß: res sponso redhibeatur, die Compilatoren fügten hinzu per condictionem aut per utilem actionem in rem.

3) Rückforderung der don. mortis causa in Folge geschehenen Widerrufs.

Wenn der Schenker wegen Nicht-Eintritts der Bedingung die geschenkte Sache zurückfordert, so gibt ihm Ulpian in l. 29 de m. c. don. (39. 6) eine reiv. directa. Denn daß er, wenn er sie auch nicht als dir. bezeichnet, doch nur sie im Auge haben kann, daß hier also das Eigenthum nach seiner Ansicht ipso jure zurückfallen soll, kann kaum zweifelhaft sein [11]), da er die Klage vom Moment der Hinfälligkeit der Schenkung dem Beschenkten abspricht (arg. interim ei, cui donatum est, also nachher nicht mehr), während letzterer, wenn dem Schenker bloß eine reiv. util. zugedacht wäre, die directa behalten würde. Dasselbe geht auch daraus hervor, daß in dem ersten der

11) Windscheid, Die Lehre des röm. R. von der Voraussetzung S. 66 sucht dies auf eine höchst gezwungene und unhaltbare Weise zu bestreiten. Die reiv., meint er, sei die des Beschenkten gegen dritte Personen, welche letzterer dem Schenker cediren soll; woraus denn folgen würde, daß letzterer gegen den Beschenkten selbst keine Vindication hätte — ein Resultat, das eben so unbefriedigend sein würde, als es mit den allgemein lautenden Worten Ulpian's in Widerspruch steht.

beiden Fälle, welche er hier behandelt (Schenkung unter Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung), die reiv. directa allein denkbar war, und daß mithin, wenn er auch im zweiten Fall eine reiv. ohne weitern Zusatz zugesteht, nur die directa gemeint sein kann. Dazu kömmt nun noch der Gegensatz der folgenden l. 30, in der er — und dies ist der Fall, den wir hier zu betrachten haben — dem Schenker ex poenitentia condictionem vel utilem actionem zuspricht. Daß er unter der letztern Klage eine reivindicatio util. versteht, scheint mir nicht zweifelhaft, denn an welche utilis in personam act. sollte man denken[12]), und wozu eine solche, da ja die condictio ausreicht? Ulpian's Ansicht über beide Fälle war also die. Den frühern Tod des Beschenkten oder das glückliche Bestehen der Gefahr von Seiten des Schenkers faßt er in l. 29 als eine wirkliche Resolutivbedingung auf, von der die Parteien selbst den Bestand der Schenkung abhängig gemacht haben. Für den Widerruf dagegen, dessen Wirksamkeit sich nicht auf eine Beredung der Parteien, sondern auf die rechtliche Natur dieser Schenkung stützte, hält er jenen Gesichtspunkt offenbar nicht für zuläßig, er gibt also die condictio, aber zur Sicherung derselben auch noch die reiv. util.

Zu diesen drei Fällen der Schenkung gesellt sich nun noch ein vierter, der sich auf die Schenkung unter Ehegatten bezieht. Allein da rücksichtlich seiner noch ein anderer Gesichtspunkt eingreift, so behandeln wir denselben erst später und schließen den bisherigen Fällen zunächst einen andern an, der zwar keine Schenkung zum Gegenstande hat, aber im Uebrigen ihnen wesentlich gleichartig ist, indem auch

---

12) Savigny, System B. 4 S. 256 Not. f denkt an die act. praesc. verb., allein wie käme sie dazu, utilis zu sein?

hier eine persönliche Verpflichtung zur Zurückgabe vorliegt, die durch Hingabe begründet und durch eine reiv. util. verstärkt wird.

4) Rückforderung der Dos von Seiten der Frau.

Es handelt sich hier um die bekannte l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12). Wie es möglich war, daß man auf Grund dieser Stelle ganz allgemein einen Rückfall des Eigenthums annahm, ist mir nicht recht begreiflich, denn nicht bloß enthält sie selbst nichts davon, sondern sie macht diese Ansicht geradezu unmöglich. Ich werde zunächst die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre nachzuweisen versuchen.

Daß dieser angebliche Rückfall eine große Anomalie enthalten und im römischen Recht ohne gleichen sein würde, werden selbst die Vertheidiger desselben nicht in Abrede stellen. Wo sonst ein Rückfall eintritt, erfolgt er in der Weise, daß das Rechtsgeschäft, auf welches die Hingabe sich stützt, und damit der erfolgte Eigenthumsübergang hinterher und rückwärts entkräftet wird; es kehrt nicht sowohl das Eigenthum zurück, als es zeigt sich jetzt erst, daß der Geber dasselbe nie verloren hat. Dieser Vorgang ist also juristisch vollkommen motivirt und erklärlich. Ganz anders in unserm Fall. Der Grund des erfolgten Eigenthumsüberganges, die Bestellung und Hingabe der Dos, wird rückwärts keineswegs alterirt, der Mann bleibt für die Vergangenheit, was er war, Eigenthümer, und alle seine Dispositionen, die er in dieser Qualität getroffen, soweit nicht das Veräußerungsverbot im Wege stand, sind nach wie vor vollkommen gültig. Während nun bis auf Justinian die Rückübertragung des Eigenthums auf die Frau in ganz normaler Weise durch Tradition erfolgte, hätte Justinian nach jener Ansicht hier in höchst singulärer Weise einen Eigenthums-

übergang ohne Tradition festgesetzt. Warum und wozu? Offenbar nur zum Zweck der Sicherung der Frau. War aber ein so exorbitantes Mittel nöthig? Keineswegs, denn der Zweck ließ sich vollkommen durch Verleihung einer reiv. util. erreichen, und dies letztere Mittel empfahl sich nicht bloß dadurch, daß es das einfachere und schon von der älteren Legislation und Jurisprudenz zu ähnlichen Zwecken in Anwendung gebrachte war, sondern auch dadurch, daß es von Justinian selbst in dem ganz verwandten Verhältniß der Rückforderung der Brautgeschenke (Fall 2) benutzt worden war. Der Gedanke daran lag also ganz nahe. Der Rückfall des Eigenthums hingegen enthält nicht bloß eine ebenso bedeutende als entbehrliche Abweichung von allen bisherigen Grundsätzen, sondern er hätte Justinian mit sich selbst in Widerspruch gesetzt. Er gibt nämlich in seiner Constitution der Frau ebenfalls die act. hypothecaria, also ein Pfandrecht an den Dotalsachen. Wie verträgt sich aber dies Pfandrecht mit dem angeblichen Eigenthum der Frau? Um dieser Schwierigkeit auszuweichen, hat man geantwortet, die Frau müsse zwischen Pfandrecht oder Eigenthum wählen[13]). Allein Justinian sagt das Gegentheil: volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et (nicht aut) hypothecariam omnibus anteriorem possidere. Bei der dos venditionis causa aestimata geht die Verpflichtung des Mannes bekanntlich nur auf Zahlung einer Geldsumme, nicht auf Herausgabe der empfangenen Sachen. Da nun Justinian's Bestimmung ausdrücklich auch auf die res aestimatae Bezug nimmt (in rebus dotalibus ... si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae

13) Statt aller andern s. z. B. von Vangerow, Leitfaden § 392 a. E.

sint), so würde der Rückfall des Eigenthums auch für sie gelten. Welche Abnormität! Die Vereinbarung der Parteien ist gerade darauf gerichtet, daß die Frau **nicht** die Sachen zurückerhalten soll, sondern statt deren die Anschlagssumme. Man nehme nun an, daß die Sachen jetzt z. B. den dreifach höheren Werth haben, als den sie zur Zeit der Bestellung der Dos hatten, und zu dem sie dem Manne angesetzt sind. Daß hier letzterem, oder im Fall des Concurses, seinen Gläubigern nicht das Recht zustehen sollte, die Frau mit der angesetzten Summe abzufinden, statt die Sachen herauszugeben, wird hoffentlich Niemandem zweifelhaft sein. Aber wie ist dies zu begründen, wenn einmal die Frau an jenen Sachen das **Eigenthum** erworben hat, was berechtigte uns im Widerspruch mit der angeblichen Bestimmung der l. 30, ihr das Eigenthum vorzuenthalten? Ferner: die aus Dotalgeld angeschafften Sachen werden in der l. 54 de jure dot. (23. 3)[14]) für **dotal** erklärt, es gilt mithin rücksichtlich ihrer dasselbe, was von den Dotalsachen, folglich würde auch an ihnen die Frau das Eigenthum bekommen. Hier läßt uns aber nicht bloß der Gesichtspunkt eines **Rückfalls** des Eigenthums im Stich, sondern die eben angedeutete Abnormität wird hier noch unerträglicher. Der Mann hat mit dem Dotalgeld glücklich speculirt, es z. B. in Eisenbahnactien angelegt und dadurch das Kapital nach und nach verdoppelt. Nach der herrschenden Theorie erhielte die Frau das Eigenthum an den Actien, und auch hier ließe es sich weder juristisch deduciren, noch aus der l. 30 Cod. cit. selbst rechtfertigen, daß der Mann sie durch Anerbieten

---

14) Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Die Stelle ist aus Gaj. ad edict. praet. urb. titulo de **praediatoribus** entlehnt, sie bezog sich also auf den Concurs.

der Geldsumme an der Verfolgung ihres Eigenthums hindern könnte.

Wenden wir uns jetzt der Stelle selbst zu, so sagt sie von dem Rückfall des Eigenthums nichts, sondern sie gibt im Gegentheil zu, daß, obschon die Sachen nach der natürlichen Auffassung der Frau gehörten, sie doch nach dem Recht im Eigenthum des Mannes ständen, und die reiv., welche sie einführt, stützt sie nicht darauf, daß die Frau mit Aufhebung der Ehe auch juristisch wieder Eigenthümerin werde, sondern darauf, daß sie es nach natürlicher Ansicht noch gegenwärtig sei. Darin, daß Justinian das gegenwärtige Eigenthum der Frau nicht anders als vom natürlichen Standpunkt aus zu behaupten wagt (sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur), erhellt ja durch den Gegensatz deutlich, daß er dasselbe vom juristischen Standpunkt verneint. Am klarsten aber geht seine wahre Meinung, daß die Frau nicht Eigenthum, sondern nur eine reiv. util. haben solle, aus den Worten hervor: volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere. Dieses quasi propriis läßt sich doch nicht anders verstehen, als: „wie bei ihren eignen Sachen," „wie wenn sie ihre eignen Sachen wären," es liegt also in diesen Worten, daß sie nicht ihre eignen sind.

Unser Resultat ist demnach: die Begünstigung, die Justinian der Frau hat zu Theil werden lassen, besteht nicht in der Verleihung des Eigenthums, sondern in der der reiv. util. Mit ihr verträgt sich nun nicht bloß die act. hypoth. sehr wohl, denn beide Klagen setzen voraus, daß die Sache eine fremde ist, sondern die oben angedeutete Frage rücksichtlich der dos venditionis causa aestimata und der res ex

dotali pecunia comparatae erledigt sich ganz einfach aus einer Eigenthümlichkeit unserer reiv. util. Wir werden nämlich unten (III) nachweisen, daß unsere Klage nicht bloß den Zweck hat, in solchen Fällen, wo der Anspruch des Klägers auf die Sache selbst geht, ihm die Sache zu verschaffen (nur in einer vortheilhafteren Weise, als dies durch die act. in pers. möglich ist), sondern in solchen Fällen, wo seine Forderung auf Geld gerichtet ist, ihm eventuell dadurch zu seiner Befriedigung zu verhelfen, daß sie ihm die Sache als Abfindungsobject zuweist. In diesem letzten Fall kann der Beklagte die Klage ebenso wie die act. hypothecaria durch Tilgung jener Geldforderung zurückschlagen. Die Verstärkung einer persönlichen Klage durch die reiv. util. verändert das Object der Forderung ebenso wenig, wie dies durch Pfandrecht geschieht. Darum ist für die Frage: was die Frau bei Auflösung der Ehe bekömmt, ob Sachen oder Geld, die reiv. util. völlig gleichgültig; sie verhilft ihr nur zu dem, was sie mit der persönlichen Klage fordern könnte, also rücksichtlich der Sachen, deren reelle Restitution sie verlangen darf, stets zum Eigenthum, rücksichtlich ihrer Geldforderungen zum Gelde, indem sie ihr nämlich für den Fall, daß ihre Geldforderungen nicht erfüllt werden, die noch vorhandenen Dotalsachen als Befriedigungsobject überweist. In den 3 ersten Fällen unserer Klage haben wir bloß die erste (directe) Function derselben kennen lernen, der gegenwärtige Fall hat uns auch die zweite (eventuelle) Function derselben vorgeführt, und die drei nächsten Fälle beziehen sich ebenfalls auf sie.

Der Kreis der Sachen, auf den sich dies Vorrecht der Frau erstreckt, besteht aus den augenblicklich noch im Vermögen des Schuldners befindlichen [15]), seien sie ursprünglich

15) l. 30 Cod. cit. si tamen exstant. Siehe darüber l. 6 i. f.

zur Dos gegeben, seien sie später aus Dotalgeld angeschafft[16]). Rücksichtlich derjenigen beweglichen Sachen[17]), deren reelle Restitution sie verlangen kann, werden die dinglichen Dispositionen, die der Mann in der Zwischenzeit darüber getroffen, z. B. Verpfändung, Bestellung eines Nießbrauchs, hinterher nicht entkräftet; die Gültigkeit der Veräußerungen wird ja in der Stelle ausdrücklich anerkannt, und ob die Veräußerung eine totale oder partielle war, begründet keinen Unterschied. Die Frau bekömmt also das Eigenthum in dem Zustande, in dem es sich beim Manne zuletzt befand. Der Umstand, daß ihm die Veräußerung der Sachen durch die Dotalverträge untersagt war, bewirkt bekanntlich keine Nichtigkeit derselben. Nur rücksichtlich der Verpfändung wird ihr geholfen, nicht aber durch die reiv. util., sondern durch ihre privilegirte Hypothek. Das Pfandrecht der ihr nachstehenden Pfandgläubiger ist, wenn auch juristisch begründet, so doch practisch völlig werthlos, weil näm-

---

Cod. de sec. nupt. (5. 9) .. si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae.

16) Auf diese Controverse (Glück, Commentar B. 8 S. 167—188) kann ich mich hier nicht weiter einlassen, ich muß jedoch gestehen, daß ich nicht absehe, wie man, wenn einerseits derartige Sachen für res dotales erklärt werden (s. ob.), andererseits aber der Frau eine reiv. util. wegen der res dotales verliehen wird, die Erstreckung dieser Klage auf jene Sachen in Abrede stellen kann. Die falsche Idee von dem Rückfall des Eigenthums an der Dos scheint die Ursache gewesen zu sein, daß man diesen Schluß nicht zugeben wollte. Macht man sich von jener Idee frei, so wird man auch keinen Widerspruch zwischen der l. 54 de jure dot. der l. 12 Cod. de jure dot. (5. 12) finden. Die angeschafften Sachen gehören dem Manne, davon spricht die letzte Stelle, aber dies schließt nicht aus, daß nicht die l. 30 Cod. ibid., d. h. die reiv. util. in ihrer eventuellen Function bei ihnen zur Anwendung kommen könnte.

17) Denn bei unbeweglichen ist die Frau durch das Veräußerungsverbot gesichert.

lich die Forderung der Frau eben auf Restitution derselben Sache gerichtet ist, an der sie das Pfandrecht hat. Ein jus offerendi derselben ließe sich hier also gar nicht denken, denn um die Forderung der Frau zu tilgen, müßten sie ihr die Sachen selbst offeriren, die sie in Händen hat, d. h. auf ihr eignes Pfandrecht verzichten. Die Herausgabe jener Sachen kann also auf keine Weise abgewandt, im Fall des Concurses mithin auch nicht zu einer Veräußerung derselben geschritten werden. Rücksichtlich aller anderen noch vorhandenen Dotalsachen (den Ausdruck in dem oben angegebenen weitesten Sinn genommen) greift aber das Abfindungsrecht des Mannes oder der Concurs-Gläubiger Platz. Wird von demselben kein Gebrauch gemacht, erfolgt also die reelle Restitution der Sachen, so erwirbt die Frau an ihnen das Eigenthum, aber ohne daß sie dadurch nach bekannten Rechtsgrundsätzen den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber schutzlos würde [18]). Ob die Frau rücksichtlich dieser ihrer Rechte an den Dotalsachen nach Justinian's Absicht nicht auch dem Privilegium des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben vorgehen soll, ist mir nach der Art, wie er sich ausdrückt, mehr als wahrscheinlich; die herrschende Lehre faßt das Verhältniß bekanntlich umgekehrt und räumt dem Fiscus auch an den Dotalsachen dasselbe Privilegium ein, das ihm an dem sonstigen Vermögen des Mannes zusteht. Die Frage würde mich hier jedoch zu weit vom Thema abführen.

Bei den drei Fällen, denen wir uns jetzt zuwenden, handelt es sich, wie bereits bemerkt, nicht um reelle Restitution der Sachen, sondern nur um Deckung einer Geldforderung. Der erste dieser Fälle betrifft ein Verhältniß, bei dem wir der reiv. util. bereits drei Mal begegnet sind, die Schenkung.

18) l. 1 Cod. si antiq. (8. 30), l. 30 § 1 de exc. rei jud. (44. 2), von Vangerow, Leitfaden § 392. Sintenis, Pfandrecht § 17.

5) Rückforderung einer Schenkung unter Ehegatten.

Da bei einer Schenkung unter Ehegatten das Eigenthum nicht auf den Beschenkten übergeht, der Schenker mithin als Eigenthümer die reiv. directa hat, so kann von der util. nur dann die Rede sein, wenn die geschenkte Sache selbst nicht mehr existirt, die Rückforderung sich also in eine condictio sine causa auf den Betrag der augenblicklichen Bereicherung verwandelt hat. Die reiv. util. in unserm Fall stützt sich theils auf eine Stelle von Gajus, die später erörtert werden soll, die l. 30 de don. inter V. (24. 1), theils auf die l. 55 desselben Titels von Paulus. In der letzten Stelle scheint unsere reiv. an vier Voraussetzungen geknüpft zu sein, nämlich 1) eine Schenkung von der Frau an den Mann, 2) eine Geldschenkung, 3) Verwendung des Geldes zur Anschaffung irgend einer augenblicklich noch im Eigenthum des Mannes befindlichen Sache und 4) Insolvenz des Mannes. Die Frau soll unter diesen Voraussetzungen „in rem utilem in ipsas res" haben. Prüfen wir diese Voraussetzungen, so ist zunächst die erste dahin zu erweitern [19]), daß nach der l. un. § 5 Cod. de rei ux. act. (5. 13)... cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per condictionem suo juri mederi dem Manne als Schenker dasselbe Recht zuzugestehen ist. Die zweite ist schwerlich als solche vom Juristen beabsichtigt, sondern die Schenkung von Geld läßt sich nur als Beispiel betrachten, ein Beispiel, dessen Wahl um so näher lag, weil es regelmäßig nur in diesem Fall der vind. util. bedarf. Statt Geld müssen wir also sagen: irgend eine Sache, die der Schenker weder vom Beschenkten, noch von einem Andern vindiciren kann, sei es, daß sie untergegangen oder usucapirt, oder der Besitzer

19) Savigny, System IV. S. 178 Not. k.

sich nicht ausfindig machen läßt. Dagegen werden wir die dritte und vierte Voraussetzung unverändert beizubehalten haben, und letztere gewährt uns zugleich den Schlüssel für den Zweck und die Natur dieser Klage.

Die Frage nämlich, um die es sich handelt, ist die: welche von beiden Functionen hat unsere Klage hier, soll sie schlechthin die Sache selbst verschaffen (so daß letztere als Surrogat des geschenkten Geldes zu betrachten wäre) oder bloß die Sicherung der Geldforderung vermitteln? Bei der ersteren Annahme stoßen wir auf lauter Singularitäten. Denn erstens: wie kann der Schenker die Sache als die seinige in Anspruch nehmen, da sie nicht für ihn gekauft, der Umstand aber, daß sie mit seinem Gelde bezahlt, ihm nach allgemeinen Grundsätzen [20]) weder das Eigenthum selbst, noch einmal einen Anspruch auf Abtretung desselben verschafft? Wenn aber diese Grundsätze hier ausnahmsweise verlassen sein sollten, der Beschenkte also als unfreiwilliger und unbewußter neg. gestor des Schenkers aufgefaßt werden müßte, warum zweitens eine solche Abweichung nur für den Fall des Concursus des Beschenkten? Man nehme an, der Beschenkte habe für das geschenkte Geld Kuxen gekauft, die, wie es in neuerer Zeit vorgekommen ist, um das Zehn- und Mehrfache gestiegen sind. Hier sollte der Schenker gerade da, wo das Recht am wenigsten Veranlassung hätte, ihm einen reinen Gewinn zuzuwenden, nämlich im Concurse des Schuldners, auf Kosten der übrigen Gläubiger das Zehnfache von dem in Anspruch nehmen können, und Paulus sollte dies, wie er es thut (nihil prohibet

20) l. 6 Cod. de R. V. (3. 32), l. 4 Cod. Com. utr. (3. 38), l. 8 Cod. si quis alt. (4. 50).

utilem accommodare), für unbedenklich erklären? Das ist unmöglich!

Es bleibt also nur die zweite Function übrig, und daß sie hier in der That die allein angemessene und von Paulus beabsichtigte ist, läßt sich zur Evidenz nachweisen. Paulus wirft sich die Frage auf: wie gelangt die Frau im Concurse des Mannes wieder zu ihrem Gelde, wenn die von demselben angeschafften Sachen noch vorhanden sind? Das Bedenken bestand darin, daß die condictio der Frau nur auf die Bereicherung aus der Schenkung geht, gegen die Annahme einer Bereicherung aber der Einwand denkbar war, daß der Beschenkte Concurs gemacht habe. Der Jurist weist das Bedenken als völlig unerheblich zurück, da die Bereicherung sich nicht darnach bestimme, „quid deducto aere alieno liberum habeat," sondern darnach: „quid ex re mulieris possideat." Indem er damit die condictio für begründet erklärt, fügt er aber eine doppelte Bemerkung hinzu. Erstens nämlich weist er (allerdings etwas versteckt und andeutungsweise) die Berufung auf das beneficium competentiae zurück, indem er sagt: die persönliche Klage der Schenkerin habe hier denselben Effect wie die reiv. dir., wenn die geschenkten Sachen noch vorhanden seien,

> solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et vindicare directo potest,

der einzige Unterschied liege also in der Art der Klage, im Uebrigen (mithin auch rücksichtlich des benef. comp.) ständen sie sich gleich. Folglich, fährt er fort,

> erit deterior causa viri, si ei pecunia ... condicatur, quam si dotis judicio conveniatur,

nämlich bei dem letzteren judicium würde der Mann jenes benef. haben, hier hingegen nicht, seine Lage ist also schlech-

ter. Die zweite Bemerkung des Juristen betrifft den Betrag der Forderung der Klägerin; sie darf condiciren:

quatenus res valet, non ultra tamen quam quod donatum est.

Das Aeußerste also, was sie erhalten soll, ist der Betrag der ursprünglichen Schenkung; wenn also der Werth der angeschafften Sache sich höher beläuft, so kömmt dies ihr nicht zu gute. Schließlich fügt er dann hinzu, daß nichts im Wege stände [21]), der Frau in rem utilem in ipsas res accommodare. Faßt man diese Worte im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden auf, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß Paulus nicht im Widerspruch mit seiner hier und anderwärts [22]) vorgetragenen Ansicht dem Schenker mehr zuwenden wollte, als den Betrag der ursprünglichen Schenkung, sondern demselben nur mit Rücksicht auf den Concurs ein wirksameres Mittel zur Befriedigung seiner Forderung zugestehen wollte, als die bloße persönliche Klage sie gewährte. Die in rem actio stellt also hier den Gläubigern nur die Alternative, ob sie die Geldforderung befriedigen, oder die Sache herausgeben wollen — ganz dasselbe Verhältniß, welches wir oben rücksichtlich der nicht reell zu restituirenden Sachen der Dos haben kennen lernen. So erklärt es sich auch, warum diese reiv. util. den Concurs des Beschenkten zur Voraussetzung hat, denn nur unter dieser Voraussetzung bedurfte es einer solchen Verstärkung der

21) Ob Paulus dabei vielleicht an das Dotal-Privilegium der Frau (s. oben die l. 54 de jure dot.) gedacht? Es wäre wenigstens eine Analogie gewesen.

22) l. 27 § 3 de don. i. V. (24. 1) si ex decem donatis mulier servum emerit ... si quindeim .. dignus sit, non plus quam decem potest peti, quoniam eatenus donator pauperior factus esset. Eben so Ulpian in l. 7 § 3 ibid. Jhering, Abh. aus dem röm. Recht S. 76, 77.

Klage, da der Schenker sonst das Loos der chirographarischen Gläubiger getheilt haben würde, während ihm unsere Klage den Vortheil eines Vindicanten verschafft. Für den Fall der Solvenz des Beschenkten hingegen kann es für den Schenker gar kein Interesse haben, ob er mit der persönlichen Klage, oder mit der reiv. util. auftritt, denn beide gewähren ihm ganz dasselbe — eine Geldsumme.

Die l. 30 de don. inter V. von Gajus besteht bloß aus den Worten: utilem tamen viro competere, sie schließt sich an die l. 29 § 1 von Pomponius an: Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait. Der Umstand, der hier die directe Vindication ausschloß, war der Untergang des Eigenthums durch Specification. Einer persönlichen Klage auf Rückgabe des Werths der Schenkung (der condictio sine causa) stand nichts im Wege, Gajus selbst erwähnt sie in l. 6 ibid., folglich kann er mit der utilis actio nur die reiv. util. gemeint haben. Aber in welcher Function hat er sie sich gedacht? Es wäre voreilig, hier bloß darum, weil keine Beschränkung hinzugefügt ist, die directe Function anzunehmen. Daß gerade Gajus unsere Klage in ihrer eventuellen Function sehr wohl kannte, wird der folgende Fall 6 zeigen. Ich glaube, mich nun für letztere entscheiden zu müssen und zwar vor Allem aus dem Grunde, weil sonst das Resultat eintreten könnte, das Paulus und Ulpian, wie wir eben gesehen, auf jede Weise vermieden wissen wollen, daß nämlich der Schenker mehr zurückerhalte, als er gegeben. Die Kleider werden oder können wenigstens mehr werth sein, als die geschenkte Wolle. Haben wir nun die Wahl, die reiv. util. des Gajus hier in einer Function zu nehmen, in der sie sich mit den sonstigen Grundsätzen über die Schenkung unter Ehegatten verträgt, und namentlich sich sowohl an die

obige reiv. util. des Paulus, als die des Gajus in dem folgenden Fall eng anschließt, oder in einer Function, in der nicht bloß isolirt wäre, sondern auch mit jenen Grundsätzen und dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch träte — ich meine, dann kann die Wahl nicht zweifelhaft sein.

Die beiden folgenden Fälle der reiv. util. gleichen den so eben entwickelten auch in der Beziehung, daß es sich bei ihnen um den Ersatz für ein verloren gegangenes Eigenthum handelt. Es sind dies Fälle des Verlustes des Eigenthums an der Tafel oder Leinwand, die ein Anderer bemalt, und am Baum, den ein Anderer in sein Land gepflanzt, und der dort Wurzeln geschlagen hat.

6) Reiv. util. des Eigenthümers der von einem Andern bemalten Tafel.

Da der Maler durch das Bemalen der Tafel Eigenthümer des Stoffs wird, so bliebe dem früheren Eigenthümer der Strenge nach nichts übrig, als eine cond. sine causa, insoweit nämlich die Voraussetzungen derselben vorhanden sind [23]). An dieser Voraussetzung würde es aber fehlen, wenn der Maler den Stoff oder die Tafel z. B. von einem Nichteigenthümer gekauft hätte [24]). Während unsere Quellen es nun für den Fall der Spezification bei diesem unvollkommneren Schutz des verlierenden Eigenthümers bewenden lassen, gewähren sie demselben bei dem vorliegenden

23) § 26 J. de R. D. (2. 1), l. 4 § 2 de R. C. (12. 1), l. 30 pr. de act. emti (19. 1).

24) Darum sagt die in der vorigen Note citirte Institutionenstelle: condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt, deutet damit also an, daß die cond. nicht gegen Jeden schlechthin zulässig ist, der durch Umstaltung der Sache den bisherigen Eigenthümer um sein Eigenthum gebracht hat.

Fall (vielleicht weil die mit der Sache vorgenommene Veränderung keine so bedeutende war, der Verlust des bisherigen Eigenthums also härter erscheinen mochte) ein wirksameres Schutzmittel, die reiv. util. Die einzige Erwähnung desselben von Seiten eines römischen Juristen findet sich bei Gajus [25]; nach ihm in den Institutionen § 34 J de R. D. (2. 1). Allerdings wird die Klage hier nur als utilis actio bezeichnet, allein auch ganz abgesehen von dem Zeugniß des Theophilus, der dieselbe als reivindicatio utilis bezeichnet, ließe es sich kaum bezweifeln, daß letztere gemeint ist, da bereits Varus und Nerva in einem ganz ähnlichen Fall (s. Fall 7) dasselbe Mittel zur Anwendung gebracht hatten, so daß für Gajus nichts näher lag, als diesem Beispiel zu folgen. Die reiv. util. empfahl sich in diesem Fall nicht bloß dadurch, daß sie an das bisherige Eigenthum des Herrn der Tafel anknüpfte und auch juristisch (etwa durch die Fiction, als ob die Tafel nicht bemalt worden wäre) [26]) sich leicht formuliren ließ, sondern auch dadurch, daß sie in der bei ihr stattfindenden exc. doli wegen Ersatzes der Impensen ein ganz bekanntes und bequemes Mittel für die Geltendmachung des Gegenanspruches des Beklagten darbot. In der citirten Pandektenstelle des Gajus ist übrigens die Hinweisung auf die reiv. unverkennbar. Nicht bloß nämlich, daß hier die Punkte, welche gerade sie charakterisiren, nämlich der Besitz des Beklagten (si is tabulas possideat) und die Impensenfrage (si picturae impensam solvat; alioquin nocebit ei doli mali exceptio) hervorgehoben werden, sondern der Gegensatz der directa vind., die am

---

25) Sowohl in seinen Institutionen II. 78, als in der l. 9 § 2 de R. D. (41. 1).

26) Einer solchen Fiction erwähnt Theophilus zu § 34 J. cit.

Ende der Stelle dem Maler zugesprochen wird, weist deutlich darauf hin, daß der Jurist vorher eine utilis reivindicatio im Sinn hatte.

Welche Function hat sie hier? Gajus gewährt beiden Personen eine reiv. gegen einander, dem Maler die directa, dem früheren Eigenthümer die util. Hier soll der Kläger die Auslagen des Malers, dort letzterer den Preis der Tafel ersetzen, wenn er mit der reiv. durchdringen will, in beiden Fällen vermöge der exceptio doli des Beklagten. Wie nun, wenn Jeder von Beiden sich zur Abfindung des Anderen bereit erklärt? Wer geht vor? Nach der Darstellung des Gajus müßte im Widerspruch mit allen sonstigen Rechtsgrundsätzen der Kläger vorgehen, während doch, wenn einmal der Zufall der prozessualischen Lage des Streits hier den Ausschlag geben sollte, der Beklagte vorgehen müßte. Allein auch dieses Auskunftsmittel wäre ein sehr ungenügendes, es müßte vielmehr schlechthin dem Einen oder Anderen der Vorzug zuerkannt werden. Auf diese Frage bezog sich nun ohne Zweifel jener Streit, von dem Justinian in der angeführten Institutionenstelle spricht, ob nämlich das Gemälde dem Stoff oder der Stoff dem Gemälde weiche. Daß derselbe die Frage vom Eigenthumsübergang des Stoffs auf den Maler betroffen hätte, läßt sich kaum annehmen, da sie nach der Darstellung des Gajus bereits zu seiner Zeit kein Gegenstand der Meinungsverschiedenheit mehr war, während eine Controverse über jene andere Frage auch noch nach Gajus um so eher vorgekommen sein dürfte, als letzterer selbst, wie es scheint, es noch nicht einmal zum Bewußtsein der Frage gebracht hatte. Wenn also Justinian in der Institutionenstelle den Streit, ob das Gemälde oder die Tafel vorgehe, zu Gunsten des ersteren entscheidet, so läßt sich

diese Entscheidung nur auf den Vorrang des Abfindungsrechts des Malers beziehen [27]).

Hiernach wäre dann die reiv. util. in unserem Fall in der That nur ein Mittel, um dem Kläger auf indirectem Wege zu einer Geldbefriedigung zu verhelfen, d. h. sie hat hier nur die eventuelle Function.

7) Reiv. util. des früheren Eigenthümers eines auf fremden Grund und Boden verpflanzten Baumes.

Dieselbe wird nur von Ulpian l. 5 § 3 de R. V. (6. 1) erwähnt:

> De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

In welcher von beiden Functionen die Klage hier gemeint ist, läßt sich aus der Stelle selbst nicht erkennen; nach Analogie des vorigen Falles möchte ich mich für die eventuelle Function entscheiden [28]).

Die beiden letzten Fälle, welche uns noch übrig bleiben, führen uns wieder auf die directe Function der Klage zurück, sie unterscheiden sich aber von den früheren Fällen dieser Art (1—4) dadurch, daß es sich bei ihnen nicht um den Wiedererwerb, sondern um den ursprünglichen Erwerb des Eigenthums handelt. Für das richtige Verständniß halte

---

27) So auch Arndts, Pandekten Aufl. 2 § 152 Anm., der der entgegengesetzten Ansicht mit Recht den Vorwurf macht, „das ridiculum, das Justinian von sich stoße, durch die Hinterthür wieder einzuführen."

28) Auch die Bestimmung des älteren Rechts über das tignum junctum, namentlich die zum Weinberg verbrauchten fremden Pfähle möchte zur Unterstützung angeführt werden dürfen; sodann der Umstand, daß durch diese Annahme der Widerspruch dieser Stelle mit der l. 9 § 2 de damn. inf. (39. 2) in erträglicher Weise beseitigt wird.

ich es für nöthig, eine Bemerkung über den Besitz- und Eigenthums-Erwerb durch Stellvertreter vorauszuschicken [29]).

Eine Handlung durch Stellvertreter liegt nur da vor, wo die Beziehung derselben auf den Repräsentirten keine bloß innerliche, subjective ist (d. h. bloß in der Absicht des Handelnden liegt), sondern wo diese Beziehung ein äußerlich hervortretendes, objectives Moment des Geschäfts bildet, d. h. wo letzteres auf den Namen des Repräsentirten gestellt worden ist. Nur hier geht Besitz und Eigenthum sofort und unmittelbar auf letzteren über. Anders hingegen, wenn (sei es mit, sei es gegen die Absicht beider Personen) die Mittelsperson das Geschäft auf eignen Namen abschloß. Hier kann dasselbe nur für sie selbst wirken. Besitz und Eigenthum entsteht also in ihrer Person, und der Umstand, daß sie verpflichtet war, das Geschäft auf Namen des Andern abzuschließen, ja erweislichermaßen die Absicht hatte, für den Andern zu erwerben, ändert daran nichts. Es bedarf hier mithin erst der persönlichen Klage, um die Uebertragung des Besitzes und Eigenthums auf letzteren zu erzwingen [30]). Diese beiden Formen des Abschlusses eines Geschäftes für einen Andern sind bei jeder Art der Geschäftsführung möglich, möge dieselbe sich auf Mandat, Amt oder freien Entschluß der Mittelsperson stützen. So kann also z. B. der Vormund bloß für den Mündel kaufen, in

29) Eine weitere Ausführung des hier Gesagten wird in einem der nächsten Hefte folgen.

30) Ueber die erste Art des Erwerbs s. l. 13, l. 20 § 2 de A. R. D. (41. 1), l. 1 § 20 de A. P. (41. 2), über die zweite Art. s. l. 59 de A. R. D. (41. 1), l. 135 § 2 de V. O. (45. 1), l. 13 § 2 de usuc. (41. 3), l. 2 Cod. de his qui a non dom. (7. 10). Puchta (de dominio rerum per procuratorem acquirendo 1842, abgedruckt in seinen kleinen Schriften S. 562 fl.) und von Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Nr. VIII) werfen beide Arten zusammen.

welchem Fall er allein erwirbt und verpflichtet wird und sich nachher mit dem Mündel berechnet, oder auch im Namen desselben, in welchem Fall Besitz und Eigenthum unmittelbar letzterem zufällt, dagegen auch die act. venditi utiliter gegen ihn gerichtet werden kann. So ferner der negotiorum gestor, der socius, der Beamte einer juristischen Person. An einem passenden Namen zur Bezeichnung der zweiten Form fehlt es sowohl den Römern [31]), wie uns. Des Ausdrucks Stellvertretung sollte man sich nur für die erste Form bedienen, denn nur hier zeichnet sich die Handlung sowohl durch die Art ihrer Vornahme, als durch ihre Wirkungen vor gewöhnlichen Handlungen aus. Für den andern Fall dagegen ist jener Ausdruck durchaus ungeeignet. Die Handlung selbst wird durch das obligatorische Band des Handelnden zu dem, in dessen Interesse sie vorgenommen wird, durch das rein innerliche Moment des subjectiven Motivs gar nicht alterirt. Will man hier von einer Stellvertretung sprechen, so möge man es ebenfalls thun, wenn z. B. ein Schuster Leder kauft, um aus letzterm die bei ihm bestellten Stiefel anzufertigen! Bei dem Verhältniß der mandirten Geschäftsführung könnte man, jenachdem der Abschluß im Namen des Mandanten oder des Mandatars aufgetragen und erfolgt ist, den Handelnden im ersten Fall Stellvertreter, im zweiten bloßen Mandatar nennen. Jener ist Mandatar und Stellvertreter zugleich; der erste Ausdruck bezeichnet lediglich sein obligatorisches Verhältniß

---

31) Procurator ist der Name für den Stellvertreter, für die zweite Form scheinen sie sich vorzugsweise des Ausdrucks mandare bedient zu haben, so z. B. die l. 59 cit. de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, namentlich aber Cicero, Top. c. 10: si cui mandaveris, debet fidem praestare, debet etiam procurator.

zum Mandanten, also eine Qualität, die dritten Personen verborgen bleiben kann und für sie keine Wirkungen hat, der zweite Ausdruck seinen Charakter bei Vornahme der Handlung, also die Qualität, die der Welt sichtbar wird (es ist also der Gegensatz des Relativen und Absoluten). Um nun die letztere Qualität in der Mittelsperson zu negiren, könnte man sie als bloßen Mandatar bezeichnen. Diese Bezeichnung würde nur insofern ungenügend sein, als sie nur für das Verhältniß des Mandats, nicht aber für die übrigen Fälle (Vormundschaft u. s. w.) paßt, in denen Jemand ebenfalls für einen andern, aber nicht als dessen Stellvertreter handelt. In Ermangelung und bis zur Auffindung eines bessern Ausdrucks, den ich gern adoptiren werde, möchte ich den Namen: Ersatzmann vorschlagen; andere Ausdrücke, an die ich gedacht habe, wie z. B. innerlicher Stellvertreter, juristischer Diener, Vermittler scheinen mir weniger geeignet.

Ob nun im einzelnen Fall die Handlung eines Stellvertreters oder Ersatzmannes vorliegt, darüber entscheidet nicht bloß die Verpflichtung des Handelnden, das Rechtsgeschäft in dieser oder jener Qualität abzuschließen, sondern auch die Art der Vornahme der Handlung. Beides muß sich decken. Handelte er also als Stellvertreter, während die Verpflichtung auf Handeln als Ersatzmann ging, oder umgekehrt als Ersatzmann, während er als Stellvertreter hätte auftreten sollen, so beschränkt sich in beiden Fällen die Wirkung des Geschäfts auf ihn selbst, d. h. es liegt die Handlung eines Ersatzmannes vor, und zum Zweck der Uebertragung der Wirkung auf den eigentlich Interessirten bedarf es einer gewöhnlichen Klage desselben.

Um nun von dem Gesagten die Anwendung auf unsere beiden letzten Fälle der reiv. util. zu machen, so setzen sie

voraus, daß der Vormund mit dem Gelde des Pupillen oder der Geschäftsführer eines Soldaten mit dessen Gelde eine Sache im eignen Namen gekauft haben. Angenommen, daß sie den Contract für den andern Theil abgeschlossen hätten, so würde letzterer nur mit einer persönlichen Klage auf Uebertragung des Eigenthums dringen können. Statt deren oder neben derselben gewähren ihm nun unsere Quellen eine reiv. util., deren Voraussetzungen jetzt im Einzelnen näher zu prüfen sind.

8) Reiv. util. des Soldaten hinsichtlich der mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer gekauften Sachen.

Sie stützt sich auf die l. 8 Cod. de reiv. (3. 32), die wir, da es sich um die Interpretation derselben handelt, vollständig mittheilen müssen:

> Si, ut proponis, pars adversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, Praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti partes aequitatis non negabit. Idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi jurisdictionem praestabit.

Im Allgemeinen ist man über den Sinn dieser Stelle völlig einverstanden, und nur über zwei Punkte ist früher wohl eine abweichende, völlig unhaltbare Ansicht aufgestellt, die gegenwärtig schwerlich noch Anhänger zählen dürfte [32]), nämlich daß die reiv. util. nur für den Fall des Mangels einer persönlichen Klage gewährt sei, und daß castrensi-

32) S. darüber A. C. J. Schmid, Handbuch des gegenwärtigen gemeinen Rechts. B. 1 S. 272; von Vangerow, Leitfaden B. 1 § 332 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 737); K. Sell, Dingl. Rechte S. 347.

sches oder zum pecul. castrense gehöriges Geld voraus-gesetzt werde. Dagegen hat darüber, so viel ich weiß, nie ein Streit geherrscht, daß die Stelle nichts Weiteres, als Ankauf einer Sache mit dem Gelde eines Soldaten voraus-setzt, also auch auf den Fall Anwendung leiden müßte, wenn das Geld, mit dem der Ankauf bestritten wird, dem Soldaten z. B. gestohlen oder bei ihm deponirt war. Man hält sich hier also lediglich an die Eingangsworte der Stelle: si pars adversa pecunia tua .. comparavit, ohne die ferneren Voraussetzungen, die der Verlauf der Stelle, freilich weniger augenfällig, hinzufügt, zu beachten.

Wir besitzen in der Stelle ein Rescript von Philippus Arabs und seinem Sohn aus dem Jahre 247, und gerade für die Interpretation von Rescripten ist es bekanntlich besonders wichtig, die thatsächlichen Momente des ausgesprochenen Rechtssatzes genau festzustellen. Für den vorliegenden Fall bestehen dieselben aber nicht bloß darin, daß ein anderer mit dem Gelde des Soldaten eine Sache gekauft, sondern daß derselbe Geschäftsführer des Soldaten gewesen, aber nicht als Stellvertreter, sondern als Ersatzmann den Contract abgeschlossen hatte. Nach gemeinem Recht hätte der Soldat hier bloß die act. mand. oder neg. gest. auf Tradition der Sache gehabt, das Rescript aber gewährt ihm neben diesen Klagen „obtentu militiae“ noch die reiv. util. Daß der Fall so construirt werden muß, schließe ich aus der Namhaftmachung jener beiden persönlichen Klagen. Man könnte einwenden, daß der Kaiser auch diese beiden Klagen gewährt habe, ohne daß die Voraussetzungen derselben vorhanden gewesen. Allein man beachte wohl, daß, während die reiv. als utilis bezeichnet, damit also rücksichtlich ihrer eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen zugestanden wird, dies rücksichtlich der beiden

andern Klagen nicht geschieht. Hätte es mit ihnen dieselbe Bewandniß gehabt, d. h. wären auch sie ertheilt, ohne daß der Impetrat wirklicher Mandatar oder neg. gestor des Soldaten gewesen, wie konnte das Rescript, das dort den juristischen Sprachgebrauch so genau beachtet und damit unverkennbar die Hand des Juristen verräth, hier, wo es eine ungleich größere Singularität verfügt haben würde, diesen Sprachgebrauch gänzlich außer Acht lassen und dadurch unvermeidlich den Schein erregen, als ob dieser Theil der Verfügung gar keinen Anstand habe? Aber ganz abgesehen von der juristischen Abnormität einer act. mandati ohne Mandat, ich frage: welche Entscheidungsnormen waren mit einer so seltsamen Klage an die Hand gegeben? Und sodann, wozu war sie nöthig? Sollte sie auf Restitution des Geldes oder Tradition der gekauften Sache gehen? Im ersten Fall hätte sich der Zweck viel einfacher durch andere persönliche Klagen erreichen lassen. Entweder nämlich hatte der Impetrat das Geld auf Grund irgend eines obligatorischen Verhältnisses in Händen, z. B. als Depositum, dann bedurfte es keiner besondern Klage, und am wenigsten wäre die Mandatsklage angemessen gewesen. Oder er hatte es gestohlen oder bona fide für das seinige gehalten; dann reichte die condictio furtiva und sine causa aus. Im zweiten Fall aber gewährte bereits die reiv. util. ein ungleich wirksameres Hülfsmittel.

Waren nun im vorliegenden Fall die act. mand. und neg. gest. die der Strenge nach zuständigen Klagen, und nur die reiv. util. diejenige, die obtentu militiae verliehen ward, so haben wir damit auf Seiten des Impetraten das Verhältniß einer Geschäftsführung gewonnen, und dies Moment für ein unwesentliches zu erklären, sind wir um so weniger berechtigt, als sich der innere Zusammenhang dessel-

ben mit der Concession einer reiv. util., der bestimmende Einfluß, den gerade dies Moment auf den Kaiser ausüben mußte, sehr wohl begreift. Wir gehen davon aus, daß der Impetrant nach den Grundsätzen der act. mand. oder neg. gest. berechtigt war, die Tradition der Sache zu verlangen, also z. B. weil das Mandat ausdrücklich auf Ankauf der Sache gerichtet war (act. mandati), oder, wenn dies auch nicht der Fall, dem Impetraten vielmehr eine andere Verwendung des Geldes aufgetragen war, weil er diese Art der Anlage des Geldes im Interesse seines Mandanten substituirt hatte (act. negot. gest.). Die Statthaftigkeit dieser Annahme ergibt sich aus dem Bisherigen. Wenn einmal das Rescript nur die reivindicatio als utilis bezeichnet, nur rücksichtlich ihrer von „obtentu militiae“ und „partes aequitatis“ spricht, wenn also die Abweichung zu Gunsten des Soldaten nur im ersten Theil der Stelle zu suchen ist, die im zweiten Theil genannten Klagen aber als die normalen, auch einem Nicht-Soldaten zuständigen erscheinen, so ist damit unsere Ansicht gerechtfertigt, daß in dieser Stelle und damit für die reiv. util. des Soldaten überhaupt ein Kauf vorausgesetzt wird, den Jemand für den Soldaten, aber nicht als Stellvertreter, sondern als Ersatzmann abgeschlossen und mit dessen Gelde erfüllt hat. Hätte hingegen Jemand immerhin als Mandatar oder neg. gest. für einen Soldaten Geld erhoben und damit eine bereits früher für sich selbst gekaufte Sache bezahlt (um einmal den unzweifelhaftesten Fall zu nehmen), so würde der Soldat die Klage nur auf Rückforderung des Geldes richten können [33]).

33) l. 8 Cod. si quis alteri (4. 50), l. Cod. de reiv. (3. 32), l. 4 Cod. Comm. utr. (3. 38). Ihering, Abhandl. aus dem römischen Recht 60, wo ich die im Text entwickelte Ansicht bereits mit zwei Worangedeutet hatte.

Die Herausgabe der Sache könnte er mithin nur dann beanspruchen, wenn er entweder zum Ankauf derselben einen Auftrag gegeben, oder wenn der Beklagte den Contract als neg. gestor für ihn, wenn auch auf eignen Namen abgeschlossen hatte.

Die Verpflichtung zur Tradition der Sache auf Seiten des Impetraten vorausgesetzt, hätte nun der Impetrant im Fall unserer Stelle die Erfüllung derselben nach gemeinem Recht durch die persönliche Klage erzwingen müssen. Hier begreift es sich sehr wohl, daß der Kaiser ihm das vortheilhaftere Rechtsmittel der reiv. util. einräumt. Nicht bloß daß dasselbe bereits bei andern privilegirten Personen in Anwendung gebracht war, sondern was die Verleihung desselben besonders motiviren konnte, war der Umstand, daß nur die Art der Abschließung des Kaufcontracts es verschuldet hatte, daß der Soldat nicht wirklicher Eigenthümer geworden war. Hätte der Impetrat, statt als Ersatzmann, als Stellvertreter den Contract abgeschlossen, so hätte der Soldat das Eigenthum und mithin die reiv. directa gehabt, und diese Unterlassung seines Geschäftsführers schien es billig durch Ertheilung der reiv. util. unschädlich zu machen.

Man pflegt sich für das Vorrecht des Soldaten noch auf eine andere Codex-Stelle zu berufen, die l. 2 Cod. de donat. i. V. (5. 16):

> Si ancillam nummis tuis comparatam esse Praesidi Provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emtionis esse conscriptum, eam tibi restitui jubebit. Nam licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.

Hier ist zwar von einem Kauf mit dem Gelde des Soldaten die Rede, allein nicht die geringste Hindeutung auf

eine reiv. util.; es heißt bloß: restitui jubebit, auf welchem Wege aber die Restitution erwirkt werden soll, ob z. B. durch restitutio in integrum gegen die Schenkung, ob bei angenommener Richtigkeit durch die reiv. directa, oder bei angenommener bloßen Anfechtbarkeit durch eine condictio sine causa, — darüber erklärt sich die Stelle nicht. Sodann aber: wo steht, daß die Beischläferin den Contract abgeschlossen? Ich meine, es ergibt sich umgekehrt, daß der Soldat selbst die Sklavin gekauft und bezahlt hatte, denn erst nachdem die Thatsache der Anschaffung der Sklavin und der Bezahlung derselben mit dem Gelde des Soldaten referirt ist, folgt die weitere Mittheilung, daß das Kaufinstrument schenkungshalber auf den Namen der Haushälterin gestellt worden sei, und die Hervorhebung dieses Umstandes weist deutlich darauf hin, daß nicht sie selbst den Contract abgeschlossen hatte. Es ist also in der Stelle gar nicht von dem Fall die Rede, für den die l. 8 Cod. cit. eine reiv. util. ertheilt, daß nämlich ein Anderer mit dem Gelde des Soldaten eine Sache gekauft hat, sondern davon, daß der Soldat selbst es gethan und sodann die Sache verschenkt hat. Der Kaiser erklärt nun die Schenkung nach Analogie der Schenkung unter Ehegatten für unwirksam. Der Grund aber, warum der Soldat die Sache zurückerhält, ist nicht der, weil sie mit seinem Gelde angeschafft ist, sondern weil die Schenkung angefochten werden kann. Man sollte sich daher für die vorliegende Frage dieser Stelle gar nicht bedienen.

9) Reiv. util. bevormundeter Personen wegen der von ihren Vormündern mit ihrem Gelde erkauften Sachen.

Wie ein jeder Geschäftsführer, so kann auch ein Vormund bei den Rechtsgeschäften, die er mit dritten Personen

im Interesse seines Mündels abschließt, entweder als Stellvertreter oder als Ersatzmann handeln. Unsere Quellen erkennen diese doppelte Möglichkeit ausdrücklich an [34]), und wenn auch regelmäßig die erstere Form der Geschäftsführung die angemessenere sein mag, so kann es doch Fälle geben, wo die zweite Form nicht bloß unbedenklich ist (z. B. beim Ankauf oder Verkauf unbedeutender Objecte), sondern durch das Interesse des Mündels dringend geboten erscheint (z. B. um dem Credit des Pupillen nicht zu schaden, oder weil der dritte Contrahent den Pupillen gar nicht kennt u. s. w.). Diese zweite Form der Geschäftsführung übt auch in diesem Verhältniß ihre regelmäßigen Wirkungen aus, d. h. der Ersatzmann wird ausschließlich berechtigt und verpflichtet, Gläubiger und Schuldner, und berechnet sich hinterher mit dem Pupillen. Bei dem Ankauf einer Sache entsteht also in seiner Person Besitz und Eigenthum, und insofern er dieselbe bei Auflösung des vormundschaftlichen Verhältnisses dem Mündel vorenthält, hat letzterer nach allgemeinen Grundsätzen nur die act. tutelae auf Beschaffung der Tradition. Das römische Recht hat hier nun dem Pupillen für den Fall, daß der Kaufpreis mit seinem Gelde entrichtet ist, dieselbe Begünstigung zu Theil werden lassen, wie dem Soldaten, die reiv. util.

> l. 2 quando ex facto (26. 9): Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

---

34) Vergleiche z. B. die l. 2 quando ex facto (26. 9) Si ... in nomen suum emerit mit l. 13 de A. R. D. (41. 1) .. emendo nomine pupilli.

Die herrschende Lehre faßt auch hier die Voraussetzungen dieser Klage viel allgemeiner, sie erfordert nur Kauf von Seiten des Vormundes mit dem Gelde des Pupillen. Allein nach der Art und Weise, wie Ulpian sich in der in der Note citirten Stelle, der einzigen, in der die Klage erwähnt wird[35]), ausdrückt, ist es mir kaum zweifelhaft, daß er nur das obige Verhältniß im Auge gehabt hat. In nomen suum emere heißt doch nicht „für sich selbst kaufen,“ sondern es liegt darin umgekehrt, daß der Vormund nicht für sich, sondern für den Pupillen gekauft und nur den Contract auf seinen Namen gestellt hat; ich erinnere an die Bemerkung über die ähnliche Redewendung der so eben berücksichtigten l. 2 Cod. de don. i. V. (5. 16). Daß Ulpian hier nicht an eine Verwendung des Geldes in des Vormunds eignem Interesse gedacht hat, geht auch aus dem zweiten Fall, dessen er gedenkt, dem der Stipulation hervor. Wollte er dem Pupillen schlechthin eine act. util. geben, wenn der Vormund dessen Geld ausgeliehen hatte, warum erwähnt er nicht den nächstliegenden Fall, daß der Vormund ein reines, d. h. nicht in Stipulationsform eingekleidetes Darlehn auf eignen Namen gegeben, warum beschränkt er die Klage auf den Fall: si ipse stipulatus fuerit? Nach der von mir aufgestellten Ansicht begreift sich dies sehr wohl. Denn ein einfaches mutuum konnte bekanntlich mit der Wirkung auf Namen eines Andern gestellt werden, daß letzterer unmittelbar daraus eine Klage erwarb[36]). Nicht aber eine Stipulation; sie mußte stets auf den Namen des Stipulanten lauten. Bedurfte es also bei dem Darlehn einer Stipulation, z. B. um die Zinsobligation zu

35) Die l. 3 Cod. arb. tut. (5. 51), welche unten berücksichtigt werden wird, erwähnt unsere Klage nicht.

36) l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) verb. Plane etc.

begründen und konnte nicht etwa der Pupill selbst sie abschliessen, so blieb dem Vormund, wenn er auch noch so sehr die Absicht hatte, für den Pupillen zu handeln, nichts übrig, als die Stipulation auf eignen Namen zu fassen, also als Ersatzmann zu fungiren. Für die Annahme nun, daß Ulpian dies Verhältniß im Auge gehabt hat, scheinen mir auch die Worte: ipse stipulatus fuerit zu sprechen, denn dies „ipse“ involvirt hier den Gegensatz: nicht der Pupill; es mußte mithin auch ein Stipuliren des Pupillen denkbar gewesen, d. h. das Geschäft für ihn abgeschlossen worden sein. Kehren wir nun zu unserm eigentlichen Fall zurück, so bedient sich Ulpian hier noch eines andern Wortes, das uns als Anhaltspunkt dienen kann, nämlich si praedia emerit. Warum praedia, warum nicht jede beliebige Sache, „quaedam,“ wie es in dem Rescript bei den Soldaten heißt? Der Grund scheint mir folgender zu sein. An einem Grundstück konnte der Vormund mit dem besten Willen dem Pupillen nicht unmittelbar das Eigenthum erwerben, denn die mancipatio und in jure cessio, durch die allein der Erwerb sich bewerkstelligen ließ, schlossen jede Stellvertretung aus, er mußte sie also nothwendigerweise als Ersatzmann vornehmen. Bei res nec mancipi verhielt sich dies anders, denn da bei ihnen die Tradition das Eigenthum verlieh, die Tradition aber eine Stellvertretung zuließ, so konnte der Vormund, wenn er wollte, diese Sachen unmittelbar dem Pupillen erwerben. Rücksichtlich ihrer bedurfte es also keiner reiv. util., während bei den res mancipi das Recht selbst den unmittelbaren Erwerb unmöglich machte, und um diese Differenz, um diese nachtheiligen Folgen der Strenge des Rechts in Bezug auf die Stellvertretung beim Erwerb der res mancipi, soweit es möglich war, auszugleichen, hatte die Praxis dem Mündel eine reiv. util. gegeben.

Wir haben bisher angenommen, daß dem Vormund im Fall unserer Stelle die Grundstücke bereits tradirt worden seien. Die Stelle selbst spricht aber bloß von einem: praedia emerit, streng genommen dürften wir also nichts Weiteres als den Abschluß des Kaufcontracts supponiren, so daß mithin die Grundstücke sich noch bei dem Verkäufer befinden könnten, und die reiv. util. des Pupillen dann gegen letztern ginge. Allein ich glaube, wir müssen bei jener Annahme, von der auch die herrschende Ansicht ausgeht, ohne sie freilich zu rechtfertigen oder sich auch nur einmal der andern Möglichkeit bewußt zu werden, verbleiben. Daß emere, comparare etc. nicht bloß für den Abschluß des Contracts, sondern nicht selten auch für die Erfüllung desselben durch Tradition, das erfolgreiche Kaufen gebraucht wird, ist bekannt. Um nun in unserer Stelle diese letztere Bedeutung zu Grunde zu legen, glaube ich, nicht bloß den Umstand geltend machen zu dürfen, daß der Vormund den Kaufpreis bereits entrichtet hat, und am wenigsten doch ein Vormund die Sache bezahlen wird, ohne sie sich zugleich tradiren zu lassen, sondern ich werfe dafür namentlich die Natur unserer reiv. util. in die Wagschale. In allen andern Fällen nämlich erscheint dieselbe durchgehends als ein gesteigertes Mittel zur Geltendmachung einer Obligation, setzt also in der Person dessen, gegen den sie angestellt werden soll, eine Verpflichtung zur Tradition an den Kläger voraus. In dem vorliegenden Fall hingegen würde es an einer solchen Obligation zwischen dem Pupillen und dem Verkäufer fehlen, denn der Verkäufer ist nur dem Vormund verpflichtet, da letzterer die Sache „in nomen suum“ gekauft hat, der Vormund hat aber, so lange noch nicht tradirt oder mancipirt ist, keine reivind., die als utilis auf den Pupillen hätte übertragen werden können. Letzterer würde,

wenn der Verkäufer noch besäße, gegen ihn als utilis actio nur die act. emti des Vormundes erhalten.

Demnach müssen wir den Vormund als Besitzer und Eigenthümer der Sache betrachten, und der vorliegende Fall der reiv. util. erscheint also als ein genaues Seitenstück des vorigen, d. h. in beiden Fällen handelt es sich um die reiv. util. gegen einen Ersatzmann.

Erst jetzt wird es möglich sein, den Einfluß zu bestimmen, den die l. 3 Cod. arb. tut. (5. 51) auf unsere Frage ausübt. Ein Vormund hatte das zum Ankauf von Grundeigenthum zurückgelegte Mündelgeld erhoben und sich ein Grundstück damit gekauft. Der Kaiser verstattet nun dem Mündel die Wahl, utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere. Nach allgemeinen Grundsätzen hätte der Mündel bloß letzteres verlangen können, denn der Umstand, daß Jemand mit fremdem Gelde eine Sache kauft, gibt dem Eigenthümer des Geldes kein Recht, den Kaufcontract als für sich geschlossen zu betrachten. Es frägt sich nun, ob der Mündel auch in diesem Fall die reiv. util. hat? Die Stelle selbst erwähnt die Klage nicht. Dennoch aber dürfte sie dem Mündel kaum abzusprechen sein. Denn der Kaiser gibt letzterem das Recht, den Kauf als für sich geschlossen zu ratihabiren (negotium tibi gessisse), die Handlung des Vormundes soll also als die eines (unfreiwilligen, fingirten) Ersatzmannes gelten, vermöge dieses Gesichtspunktes aber ist die reiv. util. begründet. Die Abweichung liegt jedoch nicht darin, daß die Klage hier gegen eine andere Person als den Ersatzmann gegeben würde, sondern daß eine Handlung als die eines Ersatzmanns angesehen werden soll, die nicht in dieser Absicht vorgenommen worden ist, kurz die Abweichung betrifft nicht die reiv. util.,

sondern die Lehre von der Geschäftsführung. Der Rechtssatz, um den uns diese Stelle bereichert, lautet: ein Vormund, der mit dem Gelde des Mündels kauft, gilt nach einer praesumtio juris et de jure als Ersatzmann desselben, möge er die Absicht gehabt haben, für sich selbst oder für ihn zu kaufen.

Das römische Recht hat den bevormundeten Personen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht verliehen [37]), einerlei, wer der Käufer ist, ob der Vormund oder eine andere Person. Wie verhält sich dasselbe zu unserer reiv. util.? Ganz allgemein lehrt man auch hier, wie in dem Fall 4, daß der Berechtigte zwischen Pfandrecht und Eigenthum wählen müsse [38]). Allein die Quellen schreiben eine solche Wahl nicht vor, und es kann und muß hier mithin dasselbe eintreten, was bei Fall 4 über diese Frage bemerkt ist. Wenn also der Vormund die Sache einem Andern verpfändet hatte, der Mündel aber mit der reiv. util. die Herausgabe derselben erwirkt, so ist das Verhältniß nicht anders zu beurtheilen, als wenn ein vorstehender Pfandgläubiger vom Verpfänder das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt; der Mündel behält mithin gegen den nachstehenden die exc. doli rücksichtlich des Betrages seiner Pfandforderung. Involvirte die Anstellung der reiv. util. einen Verzicht auf das Pfandrecht, so ginge der Mündel dieser Deckung verloren, und müßte er umgekehrt, um sich das Pfandrecht zu sichern, auf die reiv. util. verzichten, so könnte ihm dies

37) l. 3 pr. de reb. eor. (27. 9), l. 6 Cod. de servo pign. dato (7. 8). Glück, Commentar B. 19. S. 48 fl. Sintenis, Pfandrecht S. 303.

38) Glück a. a. O. S. 56., v. Vangerow, Leitfaden § 332 Anm. 3 (6. Aufl. S. 738), Schmid, Handbuch des gemeinen Rechts B. 1 S. 273 u. a. m.

unter Umständen, wenn z. B. der Kauf ein höchst vortheilhafter war, oder die Preise dieser Art von Sachen im Steigen begriffen sind, nicht minder unvortheilhaft sein.

Man streitet sich noch über die Frage, ob die reiv. util. bloß den Pupillen und Minderjährigen, oder schlechthin allen bevormundeten Personen zuzugestehen ist [39]). Die letztere Ansicht verdient offenbar den Vorzug, denn die l. 2 cit. von Ulpian redet schlechthin von Tutoren und Curatoren, und wenn man wegen der Rubrik des Titels dieser Stelle: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt die l. 3 auf die Altersvormundschaft hat beschränken wollen, so ist dagegen mit Recht bemerkt, daß die l. 5 pr. desselben Titels von einem curator furiosi spricht. Die Praxis hat dies Vorrecht auch auf Kirchen ausgedehnt [40]).

Da ich im Folgenden oft auf die bisher erörterten 9 Fälle unserer Klage verweisen werde und dies der Abkürzung wegen mit Zahlen zu thun wünsche, so will ich zur Bequemlichkeit des Lesers die einzelnen Fälle hier tabellarisch zusammenstellen.

Fall 1. Rückforderung einer don. sub modo dandorum alimentorum.
— 2. — — — der Brautgeschenke.
— 3. — — — der donatio mortis causa.
— 4. — — — der dos.
— 5. — — — der donatio inter virum et uxorem.

39) Der ersten Ansicht sind z. B. Glück, Comm. B. 8 S. 159, Thibaut, Pandekten § 707, Göschen, Vorles. § 234 und einige Andere, die zweite läßt sich heutzutage als die herrschende bezeichnen. v. Vangerow, Leitf. a. a. O. (6. Aufl. S. 737). Schmid a. a. O. S. 273. K. Sell, Dingl. Rechte S. 348.

40) Glück u. Schmid a. a. O.

Fall 6. Rückforderung der bemalten Tafel.
— 7. — — — des eingepflanzten Baumes.
— 8. reiv. util. des Soldaten.
— 9. — — bevormundeter Personen.

III.

Die reiv. util. — Theorie derselben.

Das in dem Bisherigen aufgeführte Material enthält zwar keine directen Aussprüche über die Natur und den Zweck unserer Klage, allein ich halte es doch für ausreichend, um uns eine vollständige Theorie derselben daraus zu construiren. Wir wollen diese Theorie in der Weise geben, daß wir die einzelnen Momente zur Charakteristik unserer Klage in Form von Thesen zusammentragen, indem wir von dem Allgemeineren zum Besonderen niedersteigen.

1) Die reiv. util. ist eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage.

So wird sie uns nicht bloß in Fall 1 ausdrücklich bezeichnet:

> vindicationem utilem i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur,

sondern es ergibt sich dies auch aus ihrer ganzen Structur. Darin liegt aber, daß der Kläger selbst nicht Eigenthümer ist [41]). Gegen diesen obersten Grundsatz hat man nicht bloß bei manchen einzelnen Fällen gefehlt, indem man bei ihnen einen Rückfall des Eigenthums angenommen (Fall 3, 4) oder von dem Erwerb einer Sache für einen andern gespro-

41) Außer dem im Text angeführten Zeugniß s. noch die l. 5 § 3 de R. V. (6. 1), welche indirect dem Kläger das Eigenthum abspricht.

chen hat (Fall 8, 9), sondern auch bei der Charakteristik der Klage überhaupt. Hätte man sich klar gemacht, daß der Inhaber dieser Klage zur Sache in keinem andern Verhältniß steht, als jeder Käufer, bevor ihm die Sache tradirt ist, so hätte man dasselbe nicht als eine Art Eigenthum, dominium utile, oder welche Ausdrücke man sonst für diese Idee gewählt hat [42]), bezeichnen können. Ebensowenig wäre man dann auf die Idee gekommen, die Existenz der reiv. util. in denjenigen Fällen, wo sie mit einem Pfandrecht des Klägers zusammentrifft (Fall 4 u. 9), im Widerspruch mit unsern Quellen entweder ganz zu läugnen und sie für eine hypothecaria act. auszugeben [43]) oder dem Kläger aufzugeben, zwischen beiden zu wählen. Eben weil die reiv. util. mit dem Eigenthum nichts weiter gemein hat, als die act. emti, erscheint sie auch in Verbindung mit Klagen, die sonst in einem ausschließenden Verhältniß zum Eigenthum stehen, namentlich der condictio (Fall 2, 3) und der act. hypothecaria (Fall 4).

Ist aber der Beklagte Eigenthümer, so kann er, da unsere Klage nicht die Kraft eines Veräußerungsverbots hat, bis zur wirklichen Anstellung derselben und damit erfolgter Litigiosität der Sache ganz wie jeder andere Eigenthümer darüber disponiren. Namentlich gilt auch rücksichtlich der Usucapion eines Dritten die Sache als die seinige, so daß also z. B. im Fall 9 das Privilegium der Minderjährigen in Bezug auf die Usucapion nicht zur Anwendung kommen kann. Daß der Eigenthümer vindiciren darf, braucht gar nicht be-

---

42) Wie z. B.: „es sei ihm gestattet, sich als Eigenthümer der Sache zu geriren" (Sell), „der Vindicant könne die Sache als die seinige betrachten" (Göschen). S. oben Note 10.

43) Löhr in seinem Magazin B. 4 S. 140 fl. Marezoll ebendaselbst S. 306 fl.

merkt zu werden. Der Einfluß, den das etwaige Pfandrecht des Klägers ausüben kann (Fall 4 und 9), gehört nicht hierher.

2) Sie ist auf die Eigenthumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet.

Schon bei der Aufzählung der einzelnen Fälle waren wir gezwungen, der beiden Functionen unserer Klage zu gedenken. In 5 Fällen (1, 2, 3, 8, 9) geht sie schlechthin auf Uebertragung des Eigenthums (absolute, directe Function), und im Fall 4 wenigstens insoweit, als die reelle Restitution der Dotalsachen gefordert werden kann. Der Beklagte kann sich in allen diesen Fällen der Restitution nicht durch Anerbieten einer andern Leistung entziehen. In den andern Fällen hingegen enthält die reiv. util. nur einen eventuellen Zwang auf Eigenthumsübertragung (eventuelle, indirecte Function). Die Eigenthumsübertragung ist hier, um einen bekannten Sprachgebrauch der Quellen darauf anzuwenden, in actioné oder condemnatione, dagegen eine andere Leistung in solutione [44]), d. h. die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache erfolgt erst dann, wenn der Beklagte nicht bereit und im Stande ist, eine Geldleistung, zu der er dem Kläger verpflichtet ist, zu beschaffen. Unsere Klage hat hier also die Natur einer act. hypothecaria; ein

44) Am ersten ließe sich hier die Noxalklage in Vergleich bringen, auch sie ist auf Eigenthumsübertragung gerichtet, aber der Beklagte kann letztere durch Ersatz des Schadens abwenden. Auch bei der reiv. directa kann ein ähnliches Verhältniß vorkommen, nämlich dadurch, daß der Beklagte die exc. rei vend. et traditae vorschützt und sich zur Zahlung des Kaufpreises erbietet. Kann dagegen die Zahlung nicht erreicht werden, z. B. im Fall eines Concurses oder Moratoriums, so wird die reiv. durch diese exc. nicht beseitigt. l. 5 § 18 de trib. act. (14. 4), l. 50 de act. emti (19. 1).

gesetzliches Pfandrecht in Form der reiv. In dieser zweiten Function ist die Klage ausdrücklich bezeugt nur im Fall 5, allein im Fall 6 kann sie, jedenfalls wenigstens seit Justinian, keinen andern Sinn haben, und nach Analogie des ersten Falls habe ich sie oben in Fall 4 rücksichtlich der res dotales venditionis causae aestimatae und der res ex dotali pecunia comparatae, nach Analogie des zweiten Falles aber in Fall 7 angenommen.

3) Sie ist nur gegen den zur Eigenthumsübertragung (schlechthin oder eventuell) verpflichteten Eigenthümer gerichtet.

Diese Beschränkung ist für die Erkenntniß der eigenthümlichen Natur unserer Klage von entscheidendem Einfluß, und gerade sie ist bisher völlig übersehen [45]). Dies war allerdings um so eher möglich, als jene Beschränkung in unsern Quellen nirgends ausdrücklich erwähnt wird, und als man, wenn man mit der Vorstellung der gewöhnlichen oder cedirten reiv. an unsere Klage herantritt, gerade eine solche Beschränkung am wenigsten erwarten kann. Unterschiede sich unsere reiv. util. nur dadurch von der directa, daß ein Nicht-Eigenthümer sie anstellt, so würde sie ähnlich wie die cedirte reiv. und die reiv. util. im vulgären Sinn auch gegen dritte Besitzer der Sache gehen. Allein von der Idee einer Aehn-

45) Ich brauche hier keinen einzelnen Schriftsteller zu nennen. Bei allen, die ich verglichen habe, findet sich die Ansicht, daß die reiv. util. gegen Dritte gehe, als unzweifelhafte, keines weitern Beweises bedürfende, ja man streitet sogar darüber, was der Kläger dem Dritten gegenüber zu beweisen habe. v. Vangerow a. a. O. S. 739.

lichkeit beider Klagen und gar der Idee einer gesetzlichen Cession hat man sich völlig loszureißen. Die reiv. dir. geht gegen den besitzenden Nicht=Eigenthümer der Sache, die util. aber gegen den Eigenthümer, läßt sich mithin nicht unter den Gesichtspunkt einer gesetzlichen Cession bringen. Denn wo dieser Gesichtspunkt möglich sein soll, muß die durch cessio legis übertragene Klage denselben Inhalt und dieselbe Natur beibehalten, die sie in der Person des ursprünglichen Inhabers an sich trug. Dies ist nicht bloß bei den act. in personam utiles der Fall, sondern auch bei der act. in rem utilis im vulgären Sinn. Eine reiv. util. der letztern Art würde wie die directa nie gegen den Eigenthümer selbst denkbar sein; gegen sich selbst hat der Eigenthümer keine reiv. und kann sie mithin auch nicht cediren.

Diese unzweifelhafte Abweichung unserer Klage von der reiv. dir. hätte nun schon von vornherein alle Schlüsse von letzterer auf erstere mehr als bedenklich machen sollen. Wenn man aber das herrschende Dogma von der unbeschränkten Richtung derselben gegen dritte Besitzer nur etwas weiter in seinen practischen Consequenzen verfolgt hätte, so wäre man auf so viel unlösbare Fragen gestoßen, daß man dasselbe schwerlich würde beibehalten haben. Geht die reiv. util., wenn sie sich einmal nicht auf den ursprünglichen Eigenthümer (wir wollen ihn von jetzt an mit seinem wahren Namen als den Verpflichteten bezeichnen) beschränkt, bloß gegen dritte Besitzer oder auch gegen dritte Eigenthümer? Wie, wenn die letzteren das Eigenthum nicht durch Tradition vom Verpflichteten, sondern durch Usucapion erworben haben? Schwebt hier immer noch das Damocles=Schwert der reiv. util. über ihrem Haupt? Kann der Verpflichtete

durch eine totale Veräußerung des Eigenthums den Erfolg der reiv. util. nicht vereiteln, so kann er es ebensowenig durch eine partielle, mithin sind auch die Pfänder, Servituten, die er bestellt hat, ungültig, die reiv. util. lähmt also sein Eigenthum, es hat die Wirkung eines gesetzlichen Veräußerungsverbots. Wann beginnt nun dieser Zustand der Lähmung, und wie lange dauert er? Entsteht er, sowie die reiv. util. nata, und dauert er, bis sie verjährt ist? Wie verhält es sich mit den Einreden des dritten Besitzers? Kann er dem Inhaber der reiv. util. dieselben Einreden entgegenstellen, wie dem ursprünglichen Inhaber der reiv. dir., namentlich also z. B. die exc. rei vend. et traditae? Läuft für die reiv. util., wenn ein Dritter die Sache besitzt, eine andere Verjährung, als für die reiv. dir. des Verpflichteten, oder ist sie, wenn letztere verjährt ist, eben damit auch erloschen? Welchen Anhaltspunkt haben wir zur Beantwortung aller dieser Fragen? Beurtheilen wir die reiv. util. ganz nach der dir., so daß erstere nur so lange und nur insoweit gegen dritte Besitzer wirksam ist, als letztere, so ist es um sie geschehen, wenn der ursprüngliche Verpflichtete sein Eigenthum veräußert. Gehen wir aber von der Idee ihrer Unabhängigkeit von der dir. aus, betrachten wir sie also als eine völlig selbständige Klage, welche Normen bietet uns das Recht für sie dar?

Das Schweigen unserer Quellen über alle diese Fragen, der gänzliche Mangel auch des geringsten Anhaltspunktes zur Beantwortung derselben erklärt sich nun ganz einfach daraus, daß die reiv. util., die sie im Sinn haben, zu all diesen Fragen gar keinen Anlaß gibt. Denn diese quellenmäßige reiv. util. geht nur gegen den Verpflichteten selbst, sie stützt sich auf eine in seiner Person vorhandene Obligation

und bezweckt nur ein wirksameres Mittel zur Geltendmachung derselben, als es die in pers. act. gewährt.

Wir wollen zunächst nachweisen, daß die reiv. util. lediglich gegen den Verpflichteten, nicht gegen dritte Besitzer oder Singularsuccessoren desselben geht.

Schon die einzige Legaldefinition, die uns von ihr in Fall 1 gegeben wird, vindicatio utilis i. e. actio, qua dominium pristinum tibi restituatur, hätte auf den rechten Weg führen sollen. Die Klage wird hier als ein Mittel bezeichnet, die Erfüllung einer auf Restitution des Eigenthums gerichteten Verpflichtung zu erzwingen. Wie aber sollte der spätere Erwerber der Sache in diese Verpflichtung succediren? Im Fall 2 wird zwar bei den unmittelbar entscheidenden Worten (per condictionem aut per utilem actionem in rem redhibeantur) der Voraussetzung, daß die Sachen noch im Vermögen der beschenkten Braut vorhanden seien, nicht gedacht, wohl aber in dem vorhergehenden, das Rückforderungsrecht der Braut selbst betreffenden Passus der Stelle: et si quid apud donatorem (dem Bräutigam, der seinerseits ebenfalls beschenkt war) resedit, ad sponsam... transferatur, und es kann wohl um so weniger zweifelhaft sein, daß dieselbe Voraussetzung auch bei der darauf folgenden Bestimmung über das Rückforderungsrecht des Bräutigams zu subintelligiren ist, als eine Vindication der Geschenke von dritten Besitzern die Evicten mit Evictionsansprüchen gegen den Beschenkten treiben könnte, dieses Resultat aber der bloß auf die gegenwärtige Bereicherung gerichteten Rückforderung der Braut-Geschenke entschieden widersprechen würde.

Dem Fall 3 läßt sich für unsere Frage nichts entnehmen, im Fall 4 hingegen ist nicht minder wie in Fall 5 das

gegenwärtige Vorhandensein der Sachen im Vermögen des Beklagten zur ausdrücklichen Voraussetzung der Klage gemacht. Dort heißt es: si tamen exstant, hier ebenfalls: res exstant und non enim quaerimus, quid ... sed quid ex re mulieris possideat.

Daß Gajus im Fall 6 die reiv. util. nur gegen den Maler, nicht gegen dritte Personen verstattet, lehrt der Augenschein. In der angeführten Stelle seiner Institutionen (II. 78) sagt er ausdrücklich, at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversus te dari debeat, und auch daraus, daß er für den Eigenthümer der Tafel außer dieser reiv. util. gegen den Maler keine andere Klage aufzufinden vermag, als die act. furti gegen den Dieb, geht deutlich hervor, daß er die reiv. nur gegen den Maler zugestehen will. Die Redactoren der justinianeischen Institutionen haben sowohl jene entscheidenden Worte (at si is, qui pinxit, possideat, ... adversus eum etc.) als die Verweisung auf die act. furti beibehalten. In der Pandektenstelle lauten die Worte des Gajus nicht minder bestimmt (adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possideat).

Aus Fall 7 und 8 läßt sich nichts entnehmen, dagegen bietet uns Fall 9 ein um so schlagenderes Argument dar. Hätte nämlich der Mündel seine reiv. util. auch gegen dritte Besitzer, so könnte man zunächst fragen: warum man es noch für nöthig hielt, ihm an den mit seinem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht [46]) zu gewähren? Allein völlig unerklärlich würde es sein, wie die in der Note citirte l. 6 Cod.

---

46) Es stützt sich auf eine in l. 6 Cod. de servo pign. (7. 8) erwähnte Constitution von Septimius Severus u. Caracalla.

den Grund, warum die mit dem Gelde des Mündels erkauften Sklaven durch eine Manumission von Seiten des Tutors nicht frei würden, darin setzt: quoniam hujusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae jure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt.

Um die Beweiskraft dieses letzten Arguments zu fühlen, muß man sich zunächst darüber klar werden, daß, wenn überhaupt die reiv. util. gegen Andere, als den Verpflichteten zuständig wäre, sie nicht bloß oder, streng genommen, überall nicht gegen die jetzigen Besitzer der Sache, sondern nur, jedenfalls aber auch gegen die jetzigen Eigenthümer derselben gerichtet werden könnte. Denn ist sie, so lange der Verpflichtete besitzt, eine Klage gegen den Eigenthümer, so könnte sie auch in ihrer Erstreckung gegen andere Personen diesen Charakter nicht verläugnen, d. h. sie müßte auch gegen die Singularsuccessoren im Eigenthum gehen. Das hieße aber m. a. W.: der Verpflichtete kann durch Aufgabe seines Eigenthums den Erfolg der reiv. util. nicht vereiteln, seine Veräußerung ist für letztere völlig unschädlich. Aus dem Grunde wäre denn auch die Manumission der Sklaven, die ja nur einen Akt der Veräußerung enthält [47]), unwirksam, und der Kaiser hätte in der l. 6 Cod. cit. den Impetranten nicht auf das Pfandrecht, sondern auf die reiv. util. verweisen müssen. Das Pfandrecht sicherte ihn nur wegen des Kaufpreises, schloß aber eine Vorenthaltung der Sklaven, wenn der Besitzer die Pfandforderung abtragen wollte, nicht aus. Lag dem Mündel aber daran, die Sklaven selbst zu erhalten, so konnte nur eine derartige reiv. util. helfen.

---

47) l. 7 Cod. de reb. alien. (4. 51).

Denken wir uns statt dieser Art der Veräußerung eine andere, z. B. also Verkauf der Sklaven an einen Dritten, so würde der Mündel nach der l. 6 cit. auch hier nur die act. hypothec. haben, während die herrschende Lehre ihm die reiv. util. zugestehen müßte.

Zu den bisher geltend gemachten Gründen gesellt sich theils das nicht unwichtige negative Moment, daß einer Richtung der reiv. util. gegen dritte Personen nirgends in unsern Quellen gedacht wird, theils und vor Allem aber die obligatorische Tendenz der Klage. Der Anspruch auf Eigenthums übertragung, der mittelst ihrer geltend gemacht wird, ist wesentlich obligatorischer Art, es ist eine Leistung, die hier verlangt wird, also etwas, was sonst den Gegenstand einer Obligation ausmacht. In allen neun Fällen tritt die reiv. util. nur als Begleiterin und Dienerin einer Obligation auf und wird in ihrem Erfolge durch letztere in dem Maße bestimmt, daß, wo die Obligation selbst auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, auch sie selbst sich diesem Zweck accommodirt, d. h. durch Entrichtung der Summe beseitigt werden kann. Daraus folgt nun zwar nicht die juristische Unmöglichkeit ihrer Richtung gegen dritte Personen — das Pfandrecht würde diese Behauptung widerlegen — allein wenn uns nicht die Wirklichkeit dieser ihrer Richtung bewiesen wird, so werden wir dieselbe nicht annehmen dürfen, da eine Beschränkung der Klage auf dieselbe Person, gegen die auch die persönliche Klage geht, jedenfalls das Einfachere, Natürlichere ist, vorausgesetzt, daß sie auch in dieser ihrer Beschränkung einen vernünftigen Sinn hat. Dies führt uns auf den eigentlichen legislativen Zweck unserer Klage und damit auf einen Punkt, der die bisherige Ausführung noch wesentlich unterstützen und vervollständigen wird.

4) Die reiv. util. bezweckt nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage.

Um den Zweck, der zur Einführung unserer Klage in der obigen Beschränkung Veranlassung gegeben hat, zu ermitteln, haben wir nur die Frage zu beantworten, welche Vortheile sie im Vergleich mit einer persönlichen Klage darbot. Wir können zwei namhaft machen, von denen der eine, weil er in einer uns fremden Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses seinen Grund hat, seinen practischen Werth heutzutage verloren, der andere denselben aber auch im heutigen Recht beibehalten hat; letzterer bezieht sich auf den Fall des Concurses, der erstere ist davon unabhängig.

Es war bekanntlich eine Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses, daß jede Condemnation auf Geld lauten mußte. So sehr sich diese Einrichtung aus legislativ-politischen Gründen empfahl, so konnte sie doch in manchen Fällen für den Kläger höchst unbequem und wirklich unbillig sein. Dann nämlich, wenn seine Klage eine Sache betraf, die ihn nicht bloß von Seiten ihres Geldwerthes interessirte, sondern für ihn ein individuelles Interesse hatte, ihm durch längern Besitz oder als Andenken an eine andere Person lieb und theuer war. Ihm statt der Sache selbst den Geldwerth derselben zuwenden, hieß ihn zwingen, eine Sache zu verkaufen, die ihm für Geld nicht feil war. Der römische Scharfsinn erfand nun ein Mittel, um unbeschadet jenes obersten Grundsatzes der Geldcondemnation den Beklagten dennoch zur Herausgabe der Sache zu zwingen. Der Richter erließ vor der eigentlichen Condemnation ein arbitrium, wodurch er dem Beklagten die reelle Restitution der Sache auferlegte. Dies arbitrium war unverbindlich, aber die Nichterfüllung desselben setzte den Beklagten bei der Bestimmung

der Condemnationssumme solchen Nachtheilen aus, der Betrag derselben konnte durch das juramentum in litem des Klägers so sehr in's Unbegränzte gesteigert werden, daß diese indirecte Erzwingung des arbitrium den directen Zwang in der Regel völlig entbehrlich machte. In späterer Zeit ließ man auch eine directe Execution des arbitrium zu [48]).

Dies prozessualische Privilegium aller auf ein restituere und exhibere gerichteten Klagen fand nun unter andern auch bei der reivindicatio Statt, wenigstens gab es eine Form derselben (die petitoria formula), durch die man sich bei ihr desselben theilhaftig machen konnte. Dahingegen fiel es hinweg bei allen persönlichen Klagen, die nicht auf Rückgabe, sondern auf ursprüngliche Erlangung einer Sache gingen, wie z. B. die act. emti, praescriptis verbis, und sodann bei allen actiones stricti juris, selbst wenn sie auf Rückgabe gingen, z. B. die condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum. Wo also die Rückgabe der Sache nur mittelst einer Condiction zu erreichen war, wie z. B. bei Rückforderung einer don. mortis causa, don. sub modo u. s. w. mußte der Kläger sich mit dem Geldwerth der Sache abfinden lassen. Gab man ihm nun neben oder statt dieser Klage eine reiv. util., so hieß dies in der Sprache des römischen Prozesses: der Kläger kann hier statt des Geldwerthes die Sache selbst fordern, es findet also namentlich das indirecte Zwangsmittel des juram. in litem und (in späterer Zeit) die directe Execution durch Wegnahme der Sache Statt. Das Verfahren bei der reiv. bot auch sonst noch einige Vortheile vor dem der persönlichen Klagen, namentlich den Condictio-

48) Auf die bekannte Streitfrage, ob die l. 68 de R. V. (6. 1) interpolirt ist, lasse ich mich hier natürlich nicht ein.

nen dar, z. B. Uebertragung des Besitzes von dem Beklagten auf den Kläger, wenn ersterer ihn geläugnet, allein in ihnen wird der bestimmende Grund zur Einführung der reiv. util. schwerlich gelegen haben. Der von uns angegebene Vorzug reicht jedenfalls vollkommen aus, um die Gewährung derselben auch außer dem Fall des Concurses des Schuldners zu motiviren.

Während nun der bisher erörterte Vortheil der reiv. util. mit der angegebenen Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses bei uns hinweggefallen ist, hat unsere Klage dagegen für den Fall des Concurses auch heutzutage eine hohe Bedeutung. Dieselbe besteht darin, daß der Berechtigte seinen Anspruch, anstatt mit der persönlichen Klage unter den chirographarischen Gläubigern, mit unserer Klage unter den Vindicanten geltend macht [49]). Daß ihm dieses Recht zusteht, darüber könnte schon von vornherein kein Zweifel sein, und es bedürfte dafür keiner gesetzlichen Bestätigung. Zum Ueberfluß aber lehren Fall 4 u. 5, daß man sich dieser Folge der reiv. util. nicht bloß sehr wohl bewußt war, sondern daß man in diesen beiden Fällen gerade sie und nur sie bezweckte. Denn insoweit hier die reelle Restitution durch Abfindung in Geld abgewandt werden kann, bleibt kein gedenkbarer Zweck

49) l. 24 § 2 de reb. auct. (42. 5) ... et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia, l. 5 § 18 de trib. (5. 18). Glück, Comment. B. 8 S. 188 hat sich in dies Verhältniß nicht finden können. „Mehre Rechtsgelehrten," sagt er, „wollen der Frau (im Fall 5) bloß ein Separationsrecht im Concurs ihres Mannes einräumen. Allein aus welchem Grunde könnte ihr dann ein Separationsrecht im Concurse zustehen, wenn sie es nicht vermöge eines ihr an den Sachen eigenthümlich zustehenden Anspruches hätte?" Ebenso daselbst S. 163: „Das Separationsrecht könne keinen andern Grund haben, als das Eigenthumsrecht." Eine reiv. ohne Eigenthum scheint ihm undenkbar gewesen zu sein.

übrig, als dem Kläger vor allen andern Gläubigern durch Zuwendung der Sache seine Befriedigung zu verschaffen. Welchen dieser beiden Hauptzwecke unserer Klage die Juristen oder Kaiser bei den einzelnen Fällen, in denen sie unsere Klage einführten, vorzugsweise im Auge hatten, ist zu bestimmen weder möglich, noch nöthig. In den Fällen 1 bis 3 mochte es die Beschaffung der Rückgabe der geschenkten Sache sein; durch das reguläre Mittel der condictio hätte sich dieselbe nicht erreichen lassen. Ebenso mag in Fall 8 u. 9 dieselbe Rücksicht obgewaltet haben. Allein dies historische Motiv der Einführung unserer Klage in dem einen oder andern Fall ist vollkommen gleichgültig; war die Klage hier oder dort einmal verliehen, so kam sie in ihrer ganzen Ausdehnung zur Anwendung. Nur das konnte zur Frage stehen, ob sie in der absoluten oder eventuellen Function beabsichtigt war. Diese Frage aber entschied sich nicht aus ihr selbst, sondern aus der unterliegenden Obligation, worüber oben bereits das Nöthige bemerkt ist.

Möglicherweise hatte unsere Klage in dem Fall 6 u. 7, aber auch nur in diesen beiden Fällen, noch einen andern Zweck, nämlich den, eine Form zu gewähren für einen Anspruch, dessen Billigkeit man sich nicht verhehlte, für den man aber eine befriedigende obligatorische Form nicht aufzufinden vermochte (ut sit actio, würden die Römer sagen). Daß der Maler den Eigenthümer der Tafel zu entschädigen habe, auch wenn die Voraussetzungen einer condictio sine causa nicht vorlagen, davon war Gajus offenbar ebenso durchdrungen, als Paulus von der ähnlichen Verpflichtung desjenigen, der durch Accession das Eigenthum einer fremden Sache gewonnen hatte [50]). Aber während letzterer für die-

50) l. 23 § 5 de reiv. (6. 1). Ideoque in omnibus his casibus,

sen obligatorischen Stoff auch eine obligatorische Form in Bereitschaft hat (freilich nur die nichtssagende, bequeme Form einer act. in factum), greift Gajus noch zu dem weiter abliegenden Mittel der reiv. util., und ebenso Varus und Nerva im Fall 7, wenn die von uns dort aufgestellte Meinung die richtige ist. Insofern nun nach ihrer Ansicht eine persönliche Klage auf Entschädigung in diesen beiden Fällen nicht existirte, würde unser oberster Grundsatz, daß die reiv. util. und die Begleitung einer persönlichen Klage auftritt, oder nur die privilegirte Form für die Geltendmachung einer Obligation ist, hier verlassen worden sein. Allein dogmatisch erledigt sich diese Abweichung dadurch, daß das neuere Recht in jener act. in fact. des Paulus eine solche persönliche Klage geschaffen hat, und historisch, d. h. vom Standpunkt jener Juristen aus, daß auch sie bei ihrem Vorschlage einer reiv. util. durch die Idee einer Obligation geleitet waren, daß diese Klage ihnen nämlich nur als Mittel diente, um ein Verhältniß, das sowohl rücksichtlich seines Grundes (Bereicherung auf Kosten eines Andern) als seines Zweckes (Entschädigung) einen durchaus obligatorischen Charakter hatte, in eine prozessualische Form zu bringen.

Unsere bisherige Ausführung hat uns gezeigt, daß die reiv. util. nur eine andere und zwar vortheilhaftere Form der Geltendmachung einer Obligation ist, daß sie nicht bloß eine Obligation voraussetzt, sondern in der Person des Beklagten voraussetzt, oder m. a. W. nach Inhalt und Richtung durch die act. in personam, deren Gefährtin sie ist, bestimmt wird. Die Frage über den Be-

---

in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

weis des Klägers entscheidet sich hiernach von selbst; derselbe kann nur auf die Existenz der Obligation gerichtet sein. Ob der Beklagte wirklich Eigenthümer der Sache ist oder nicht, kann meiner Ansicht nach gar nicht in Betracht kommen [51]). Unmöglich kann hier doch die Lage eines verklagten Nicht-Eigenthümers vortheilhafter sein, als die des wahren Eigenthümers. Als Quellenzeugniß ließe sich anführen, daß das Eigenthum in der Person des Beklagten nirgends erfordert wird, sondern daß es bloß heißt: si emerit, comparaverit (Fall 5, 8, 9) oder res ex dotali pecunia comparatae. Dagegen fragt es sich, ob der Kläger, wenn er die Verpflichtung zur Zurückgabe auf sein eignes früheres Eigenthum stützt, letzteres nicht zu beweisen habe? Dies möchte sich allerdings kaum bestreiten lassen, allein zweierlei verdient dabei wohl beachtet zu werden. Einmal nämlich stützt nicht jede der hier in Frage stehenden Klagen (Fall 1—4, 6, 7) sich auf Uebertragung des Eigenthums; die Condiction in den Fällen 1—3, sowie die Dotalklage in Fall 4 hängt nicht von dem Beweise ab, daß der Geber wirklich Eigenthümer der Sachen gewesen [52]), und selbst wenn Justinian die reiv. util. für den letztern Fall durch das Eigenthum der Frau motivirt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Eigenthum nicht als Bedingung der Klage gedacht ist, da er dieselbe in dem entscheidenden Passus der l. 30 Cod. auf alle res dotales erstreckt, die Dotalqualität der Sachen aber durch das Eigenthum der Frau um so weniger bedingt sein kann, als ihr sonst die reiv. util. bei Bestellung der Dos von einer andern Person, als ihr selbst

51) So auch von Vangerow a. a. O. S. 739.

52) Nach neuerm Recht kann auch der Besitz die Grundlage einer condictio abgeben, z. B. l. 15 § 1 de cond. ind. (12. 6).

nicht zustehen würde. In diesen vier Fällen genügt also für unsere Klage der Beweis der bloßen Hingabe aus dem Grunde, weil er für den Beweis der Begründung der Obligation genügt. Aus demselben Grunde aber ist umgekehrt in Fall 6 und 7 der Beweis des Eigenthums erforderlich. Denn der Verlust des Eigenthums ist in beiden Fällen der Grund der Obligation. Nur darum hat der Kläger hier bei der reiv. util. sein früheres Eigenthum zu beweisen, weil und insofern er denselben Beweis auch bei der act. in fact. auf Entschädigung zu führen hätte. Dies führt mich auf den zweiten Punkt, der hier in Betracht kömmt. Der Eigenthümer kann sich bekanntlich bei der Vindication den Beweis seines Eigenthums durch Anstellung der act. Publiciana ersparen, und diese Erleichterung des Beweises ist auch auf andere Klagen, z. B. die act. communi dividundo, act. legis Aquiliae ausgedehnt [53]). Ich meine nun, daß dasselbe, namentlich nach Analogie der letztgenannten Klage, auch bei unserer act. in factum und folgeweise der reiv. util. anzunehmen ist.

Es ist mithin auch für die Frage vom Beweise bei der reiv. util. lediglich die persönliche Klage maßgebend. Nicht minder gilt nun dasselbe hinsichtlich aller andern Fragen, die sonst noch etwa aufgeworfen werden könnten, namentlich also z. B. hinsichtlich der Einrede der Verjährung und sonstiger Einreden. Mit der persönlichen Klage ist auch die reiv. util. verjährt, die Nativität der letzteren bestimmt sich ganz nach der der ersteren, und die Frage vom Ersatz der Impensen ist nicht nach den Grundsätzen über die reiv. directa zu beurtheilen, sondern nach Grundsätzen des Obligationenrechts. Eben darnach richtet sich andererseits auch die Verpflichtung

53) l. 7 § 2 Comm. div. (10. 3), l. 11 § 8 ad leg. Aq. (9. 2).

des Beklagten in Bezug auf die Früchte. Kurz, die reiv. util. betrifft nur die Form der prozessualischen Geltendmachung des Anspruchs, der Anspruch selbst aber mit allen materiellen Momenten, die rücksichtlich seiner in Frage kommen, ist nach der concurrirenden persönlichen Klage zu beurtheilen.

5) Die reiv. util. ist eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte, privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs.

Die einzelnen Fälle, in denen sie in unsern Quellen namhaft gemacht wird, sind zu verschiedenartig und isolirt, als daß sie sich unter ein höheres Prinzip bringen ließen. Nach dieser Seite hin gewährt daher unsere Lehre einen höchst unbefriedigenden Eindruck; sie bietet uns hier nur eine Summe von zufälligen, positiven Einzelnheiten. Allerdings könnten wir sie auf eine gemeinsame Quelle zurückführen — die durch die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses motivirte Billigkeit einer Begünstigung — allein diese Quelle fließt zwar für den Gesetzgeber, aber nicht für den Richter. Eben weil die Klage als eine Begünstigung aufzufassen ist, haben wir sie wie die sonstigen Privilegien, z. B. die privilegirten Pfänder, auf die in den Quellen namhaft gemachten Fälle zu beschränken, eine analoge Ausdehnung derselben ist mithin unstatthaft, ohne daß natürlich damit die gewohnheitsrechtliche Ausdehnung der reiv. util: der bevormundeten Personen auf die Kirchen angetastet werden soll. Der Gesetzgebung aber böte der Gedanke der reiv. util. einen ganz brauchbaren Stoff dar, und namentlich würde die Entwerfung einer Concursordnung die rechte Gelegenheit sein, um zu prüfen, ob sich dieser Gedanke nicht in erweiterter Weise mit Vortheil verwenden ließe.

Ueber das Resultat der mit Erfolg angestellten Klage habe ich kaum nöthig etwas hinzuzufügen. Die Exekution fällt hier nicht unter den Gesichtspunkt einer bloßen Entziehung des Besitzes (wie dies bei der eigentlichen Vindication der Fall ist), sondern unter den einer erzwungenen Tradition; sie vermittelt eine Succession in Besitz und Eigenthum, in letzteres natürlich nur, wenn der Beklagte selbst es hatte. Hatte letzterer es nicht, so gewährt ihm das Urtheil wenigstens einen Usucapionstitel. Die Streitfrage, ob das richterliche Urtheil auf die Vindication als Titel gelten könne, kömmt hierbei gar nicht in Betracht. Denn wer die reiv. util. anstellt, behauptet nicht, wie der Kläger bei der reiv. dir., Eigenthümer zu sein, sondern ein Recht zu haben, es zu werden; für ihn hat also die Herausgabe der Sache die Bedeutung eines Erwerbungsgrundes des Eigenthums und mithin die eines Usucapionstitels. Auch hier also hat sich noch abermals und zuletzt die Wichtigkeit des von uns aufgestellten Prinzips bewährt: daß alle Fragen bei unserer Lehre nicht nach den Grundsätzen der reiv. dir., sondern nach denen der persönlichen Klage zu entscheiden sind.

Der romanistische Theil unseres Themas ist hiermit erledigt, und wir wollen jetzt den Versuch machen, den Gedanken der Cession der Vindication für ein Institut des modernen Rechts nutzbar zu machen.

IV.

Das Connossement als Cession der Vindication.

Das Bedürfniß des Verkehrs befriedigt sich, unbekümmert darum, ob die Einrichtungen und Rechtssätze, mit de-

nen dadurch unser Recht bereichert wird, der Jurisprudenz passen oder sie in Verlegenheit setzen. Die Jurisprudenz hat sich der Thatsache unterzuordnen, sie anzuerkennen, aber zugleich hat sie das Recht und die Pflicht, die Thatsache juristisch zu erklären, den Gesichtspunkt für sie aufzusuchen, durch den sie sich am einfachsten und natürlichsten in den Zusammenhang der geltenden Dogmen einreihen läßt. Beide Mächte, der Verkehr, wie die Jurisprudenz, verfahren bei Lösung ihrer Aufgabe völlig selbständig. Der Verkehr producirt ohne Rücksicht auf die Schwierigkeiten der juristischen Erklärung dessen, was er bringt, und umgekehrt die Jurisprudenz construirt ohne Rücksicht darauf, ob der Verkehr den juristischen Gesichtspunkt, der hier nöthig ist, geahnet und angedeutet, oder übersehen hat. So verkehrt es sein würde, wenn der Jurist ein vorhandenes Institut darum bekämpfen wollte, weil es ihm juristisch unmöglich erschiene, eben so verkehrt wäre es, wenn man dem Constructionsversuche des Juristen mit dem Einwande begegnen wollte, daß der Verkehr sich die Sache anders denke. Der Verkehr hat über derartige rein juristische Fragen gar nicht zu denken, es ist also auch gleichgültig, wie er denkt. Ueber die Wahl des richtigen juristischen Gesichtspunktes kann nicht das Laien-Bewußtsein, sondern nur das Interesse und die Gesetze unserer Kunst entscheiden. Der richtige Gesichtspunkt aber ist der, welcher von der einen Seite alle einzelnen Rechtssätze des zu erklärenden Instituts vollständig deckt und andererseits mit dem Vorzug der Einfachheit den der möglichst geringen Abweichung von dem bisherigen Dogma verbindet.

Zu diesem Vorwort habe ich mich veranlaßt gesehen, indem ich es unternehme, für ein Institut des modernen Rechts, dessen befriedigende juristische Erklärung meiner Ansicht nach

bisher noch nicht gelungen ist, einen Gesichtspunkt aufzustellen, der dem römischen Rechte entnommen ist, und an den der Verkehr so wenig gedacht hat, daß nicht einmal die Theorie sich seiner bewußt geworden ist. Es ist dies der Gesichtspunkt der Cession der Vindication angewandt auf das Connossement. Da es mir nun um die juristische Erklärung vorhandener Rechtssätze zu thun ist, so setze ich letztere selbst als bekannt voraus[54]), und erwähne sie nur insoweit, als dies durch jenen Zweck unmittelbar geboten ist.

Die rechtliche Thatsache, die wir juristisch zu erklären haben, und die uns vom Standpunkt des römischen Rechts aus auf den ersten Blick höchst befremdend erscheinen muß, besteht darin, daß das Connossement den Destinatär — ich will es zunächst ganz allgemein ausdrücken — in ein unmittelbares rechtliches Verhältniß zu den noch nicht an ihn abgelieferten Waaren setzt, und daß der Destinatär diese seine Macht über die Waaren durch Cession oder (wenn es auf Ordre lautet) durch Indossement des Connossements auf einen Andern übertragen kann. Letzteres gilt dem Verkehr thatsächlich als Repräsentant oder, wie Wilda es treffend genannt hat, als Schlüssel zur Waare.

Die bisherigen Erklärungen gehen nun, soweit mir be-

54) Ich verweise namentlich auf die Abh. von Holtius über Besitzerwerb durch Connossement in dessen Abh. übersetzt von Sutro Utrecht 1852 S 97 u. fl. Wilda, im Rechtslexicon unter Connossement B. 3 S 31 fl. Thöl, Handelsrecht B 1 § 80. Die neuste Abh., in der dies Thema berührt wird (Münchener krit. Ueberschau B. 2 S 270 u. fl.), scheint von einem Nichtjuristen geschrieben zu sein, sie verräth wenigstens einen entschiedenen Mangel an juristischer Bildung, und der Verf. hat nicht einmal den Sinn der Aufgabe, an die er sich gewagt, begriffen.

kannt, sämmtlich von der Idee aus, daß der Empfang des Connossements und somit auch die weitere Uebertragung desselben den Besitz an der Waare begründe, beziehungsweise übertrage, nur daß die Einen eine symbolische, die Andern eine wirkliche (durch den Schiffer als Stellvertreter des Destinatärs vermittelte) Besitzübertragung annehmen. Diese ganze Annahme ist aber eine rein theoretische Erfindung, kein Rechtssatz. Der Verkehr weiß nichts davon, daß der Besitz übergeht, und hat es gar nicht nöthig, sondern was er weiß und will, ist, daß der Destinatär oder der jedesmalige rechtmäßige Inhaber des Connossements die rechtliche Macht hat, sich die Waaren zu verschaffen, das Connossement also die Kraft eines rechtlichen Schlüssels zur Waare hat. Kömmt jener Ansicht von dem Besitzübergange keine weitere Autorität zu, als die eines wissenschaftlichen Erklärungsmittels, so werden wir dieselbe einer Kritik unterwerfen dürfen und sie gänzlich zurückzuweisen haben, wenn sich das Verhältniß ohne die Annahme des Besitzüberganges befriedigender erklären läßt. Jene Annahme ist hervorgegangen aus dem Bestreben, ein Institut des modernen Rechts mit den Grundsätzen des römischen zu vereinigen; allein bei dem Frieden, den sie zwischen beiden herzustellen sucht, kömmt keins von beiden zu seinem ganzen Recht. Das römische nicht: denn wenn der Schiffer als Mandatar des Befrachters die Waaren in Empfang nimmt, so besitzt er für letztern und nicht für den Destinatär. In dem Momente, wo das Connossement bei letzterem eintrifft, müßte nun eine Aenderung in dem Besitzwillen des Schiffers vor sich gehen, und ebenso mit jeder weiteren Uebertragung des Connossements, ohne daß er selbst von dieser Aenderung etwas wüßte! Was ist dies aber Anderes als ein leeres Spiel mit dem Besitzwillen? Ein ein-

faches Aufgeben der römischen Theorie würde vor einer solchen gewaltsamen Anwendung und scheinbaren Aufrechthaltung jedenfalls den Vorzug verdienen. Sodann aber wozu nützt dieser Besitz? Der Besitz ist bloß gegen den geschützt, der ihn verletzt, der Destinatär wäre also in den Fällen, wo mit dem Besitz nicht zugleich das Eigenthum auf ihn übergegangen ist (z. B. beim Commissionshandel, beim Kauf auf Baarzahlung), dem dritten Inhaber der Waare gegenüber völlig schutzlos. Das geltende Recht gibt ihm aber auch in diesem Fall eine Klage, die Idee des Besitzüberganges also, so gezwungen sie ist, reicht nicht einmal aus, der gewählte Gesichtspunkt deckt die vorhandenen Rechtssätze nicht. Ferner: manche Rechte geben dem Befrachter das Recht, die Waaren vom Destinatär zu vindiciren, wenn derselbe vor oder bei Eintreffen derselben Concurs gemacht hat. Wäre nun bereits mit Uebersendung des Connossements Besitz und (beim Handel auf Credit) Eigenthum auf den Destinatär übergegangen, wie erklärt sich jene Vindication des Absenders? Man hat sie als act. Publiciana rescissoria bezeichnet, und allerdings wäre eine solche Auffassung möglich und nöthig, allein man wird mir zugestehen, daß eine Erklärung, bei der wir diese Vindication als wirkliche Vindication aufrecht erhalten können, den Vorzug verdient. Dazu kömmt, daß jene Gesetze die Vindication des Absenders ausschließen, wenn der Destinatär den reellen Besitz der Waare erlangt hat[55]). Hat aber der Destinatär bereits mit dem Connossement den wirklichen (ob durch einen Stellvertreter ausgeübten, ist ja nach

55) So z. B. die Hamburger Falliten-Ordnung. S. Wilda, a. a. O. S 36.

allgemeinen Grundsätzen gleichgültig) Besitz erlangt, so ist nicht abzusehen, was die factische Ablieferung der Waaren an ihn in dieser Beziehung für einen Unterschied begründen sollte. Bei jener Erklärungsweise gelangt man mithin zu folgendem, in juristischer Beziehung höchst anstößigem Resultat. Der Besitz und das Eigenthum wird dem Destinatär und jedem folgenden Inhaber durch einen Stellvertreter erworben, der gar nicht Stellvertreter für diese Personen sein will und gar nicht weiß, wer augenblicklich der Besitzer ist. Sodann wird das dem Destinatär einmal erworbene Eigenthum im Fall seines Concurses wieder aufgelöst, und für die Möglichkeit dieser Auflösung wird schließlich ein Unterschied in der Art des Besitzerwerbs von Einfluß, der sonst juristisch vollkommen gleichgültig ist, nämlich ob der Destinatär bloß erst durch den Stellvertreter den Besitz erworben, oder bereits in eigener Person. Dort Widerruflichkeit des Eigenthumsüberganges, hier Unwiderruflichkeit desselben.

Ich glaube demnach, die bisherige Construction unseres Verhältnisses als eine durchaus ungenügende bezeichnen zu dürfen. Der Fehler derselben besteht, wie bereits bemerkt, darin, daß sie von dem Vorurtheil ausgeht, es lasse sich das Recht des Destinatärs nur durch die Annahme des Besitzüberganges erklären[56]). Der von mir vorgeschlagene Ge-

---

56) Ich freue mich, an Bluntschli, Deutsches Privatrecht B. 2 §. 120 einen Consentienten zu haben. Er bestreitet den Besitzübergang und sieht in dem Connossement nur eine „Legitimation des Käufers, um die Waare vom Schiffer (? warum bloß von ihm?) zu beziehen." Im Resultate sind wir also einverstanden, nur hat Bluntschli keinen juristischen Gesichtspunkt für diese Legitimation, ein Mangel, auf den ich es schiebe, daß er in einem Zusatz zu der oben citirten Abh. in der Münchener kritischen Ueberschau S. 270 u. 271

ſichtspunkt einer in Connossement liegenden Cession der Vindication überhebt uns der Nothwendigkeit dieser Annahme und bietet uns ein ebenso einfaches wie vollkommen ausreichendes Erklärungsmittel des Verhältnisses dar.

Der Befrachter behält Besitz und Eigenthum bis zur Entgegennahme der Waaren von Seiten des Destinatärs oder dessen Stellvertreters[57]), und damit ist ihm die obige Möglichkeit einer Zurücknahme der Waaren im Fall des Concurses des Destinatärs juristisch offen gehalten. Auch da, wo ihm ein solches Recht nicht gewährt ist, ist es doch wichtig, diese Fortdauer des Eigenthums in seiner Person anzuerkennen, namentlich um ihn bei etwaiger Entwendung der noch nicht abgelieferten Waaren eine Vindication gegen dritte Personen zu sichern. Besitz und Eigenthum behält er nur so lange, bis die Waaren dem Destinatär übergeben sind; ob letzterer mit dem Besitz zugleich Eigenthum erhält, entscheidet sich nach bekannten Grundsätzen. Während aber der Befrachter einerseits Besitzer und Eigenthümer bleibt, cedirt er mit und in dem Connossement stillschweigend seine Klagen dem Destinatär, und zwar theils die persönliche gegen den Schiffer, theils die Besitz- und Eigenthumsklagen. So lange der Besitz in seiner eignen Person fortdauert, d. h. so lange der Schiffer für ihn detinirt, sind allerdings diese letzteren Klagen noch gar nicht natae, allein hier sind sie dem Destinatär auch nicht nöthig, denn gegen den Schiffer reicht

an seinen eignen Ideen zum Verräther wird und die Vorstellung einer Besitzübertragung (wenigstens bei dem Landtransport und der Factur) juristisch zu rechtfertigen sucht.

57) Als Stellvertreter des Destinatärs kann auch der Schiffer fungiren, aber regelmäßig detinirt er für den Absender.

zur Erzwingung der Herausgabe der Waaren die cedirte persönliche Klage vollkommen aus. Erst wenn der Schiffer den Besitz verliert, oder ihn sich selbst aneignet, werden jene Klagen für den Befrachter und damit auch für den Cessionar denkbar. Der Destinatär kann also im zweiten Fall (wenn der Schiffer sich den Besitz aneignet, d. h. die Herausgabe der Waaren grundlos verweigert) nicht bloß mit der persönlichen, sondern auch mit der possessorischen und der dinglichen Klage die Auslieferung bewirken. Kömmt aber der Besitz in dritte Hände, so hat der Destinatär (insoweit nicht der Satz: Hand muß Hand wahren entgegensteht) gegen dritte Besitzer die reivindicatio oder Publiciana. Das Connossement enthält also in der That für ihn den juristischen Schlüssel zur Waare, es macht ihn zwar nicht zum possessor oder dominus, über possessoris oder domini loco [58]). Daß er sein Recht auf Andere übertragen kann, hat nichts Auffälliges, es ist nur eine weitere Cession der Klagen.

Gegen diese Construction könnte man verschiedene Einwendungen machen. Zuerst, daß der Verkehr sich des Gesichtspunktes der Cession der Klagen gar nicht bewußt sei; darauf habe ich schon oben geantwortet. Sodann, daß der Absender mit Abschickung des Connossements nach manchen Rechten sein Vindicationsrecht völlig verliert, wir also ein

58) Ich will übrigens hier an die Bemerkung im ersten Abschnitt der Abhandlung erinnern, daß der Cessionar durch Anstellung der reiv. zunächst nur den Besitz (juristischen oder natürlichen) erhält, das Eigenthum aber nur dann, wenn die Cession den Zweck hatte, es ihm zu verschaffen. Der Commissionär und wer auf Baarzahlung gekauft hat, bekömmt also in unserm Fall bloß den Besitz.

Eigenthum ohne Vindication erhalten würden. Allein zunächst wäre ein solches Verhältniß nicht ohne gleichen, es tritt vielmehr auch bei der Verjährung der reiv. gegen den malae fidei possessor ein, und sodann möchte ich bezweifeln, daß irgend ein Recht dem Absender schlechthin und absolut die reiv. abspricht; es würde practisch gar nicht durchführbar sein. So weit das Interesse des Destinatärs es erfordert, mag das Recht sie ihm immerhin versagen, insoweit also könnte es den oben (S. 112) als möglich hingestellten Gesichtspunkt durchführen, daß das Klagrecht des Cedenten mit der Cession völlig erlösche oder auf den Cessionar übergehe, allein darüber hinaus würde diese Idee der Ablösung der reiv. absolut verwerflich und geradezu unmöglich sein. Wie nämlich, wenn der Destinatär die Annahme der Waaren verweigert, oder wenn er verschwunden ist? Die persönliche Klage des Befrachters gegen den Schiffer reicht nicht aus, wenigstens nicht immer. Man nehme an, die Waaren sind aus des letzteren Besitz gekommen, z. B. das Schiff ist gestrandet oder aufgebracht, und der Absender will sie reclamiren. Und selbst dem Schiffer gegenüber kann ihm die reiv. sehr nöthig sein, man setze z. B. den Fall, daß derselbe Concurs gemacht hat, und die vom Destinatär nicht angenommenen Waaren zur Masse gezogen werden. In allen diesen Fällen ist der Absender gezwungen, sein Eigenthumsrecht geltend zu machen, d. h. zu vindiciren, und dies setzt voraus, daß seine reiv. durch die Cession nicht schlechthin und absolut für ihn verloren gegangen ist. Seine rechtliche Lage läßt sich mithin in der That nicht anders bezeichnen, als: er ist Besitzer und Eigenthümer und hat als solcher im Fall des Besitzverlustes die reiv. Nur soweit das Recht des Destinatärs und dessen Successoren es verlangt (namentlich

also bei einem Conflikt der beiden Vindicationen gegenüber einem dritten Besitzer), wird seine Vindication zurückstehen. Ein ähnliches Verhältniß findet rücksichtlich der persönlichen Klage des Absenders gegenüber dem Schiffer Statt. Auch sie ist durch das Connossement dem Destinatär cedirt, und der Schiffer von dieser Cession in Kenntniß gesetzt; für letzteren hat die Ueberreichung des ihm zugestellten Exemplars des Connossements die Bedeutung einer Denunciation der Cession. Soweit also nicht diese Cession hinterher auf rechtmäßigem Wege rückgängig gemacht wird (wovon gleich das Nähere), hat der Schiffer lediglich den Destinatär und dessen Successoren als seinen Gläubiger zu betrachten und darf etwaige Dispositionen des Absenders gar nicht respectiren. Er befindet sich ganz und gar in der Stellung eines debitor cessus nach geschehener Denunciation, nur daß nicht der Cessionar, sondern für diesen und als Stellvertreter desselben der Cedent ihm denuncirt hat. Aber auch diese Cession ist keine absolute und unbedingte, es kann vielmehr die cedirte Klage an den Cedenten zurückfallen, die Cession rückgängig gemacht werden, und dann haftet der Schiffer nicht mehr dem Destinatär, sondern dem Befrachter. Dies tritt ein theils in den oben supponirten Fällen, daß der Destinatär die Annahme der Waaren verweigert oder nicht zu ermitteln ist, theils dann und da, wo dem Absender im Fall des Concurses des Destinatärs das Recht eingeräumt ist, dem Schiffer die Auslieferung der Waaren an letzteren zu untersagen. Wo dies Rechtens ist, würde man darin entweder eine gesetzliche negative Bedingung der Perfection der Cession, oder einen Grund zur Anfechtung oder Aufhebung der Cession zu erblicken haben.

Wenn sich nun dem Bisherigen nach das in Frage ste-

hende Verhältniß auf's Ungezwungenste dem von mir vorgeschlagenen Gesichtspunkt unterordnet — und mir selbst ist wenigstens kein Rechtssatz aufgestoßen, der dem widerstrebte — so hoffe ich damit auch die Bedenken, die man gegen die gemeinrechtliche Geltung des Instituts hat, beseitigt zu haben, und gerade dies wäre mir der liebste Erfolg meines Versuchs. Denn das Institut selbst erscheint mir für den Handel so wichtig und werthvoll, die Möglichkeit, mit dem Connossement statt mit der Waare zu operiren, die reelle Uebertragung der Waare durch ein juristisches Mittel zu ersetzen, enthält für den Handel eine solche Erleichterung, daß es sehr zu bedauern wäre, wenn dem Institut in der That nur eine partikularrechtliche Existenz zugesprochen werden müßte. Der Grund, warum man sich zu dieser Behauptung veranlaßt gesehen hat, scheint mir nur in der bisherigen fehlerhaften juristischen Construction desselben zu liegen. Wäre letztere richtig, enthielte also das Institut jene Abweichungen von der gemeinrechtlichen Besitztheorie, die man in dasselbe hineingetragen, so würde man mit allem Grund vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus die gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Begründung dieser Abweichungen verlangen, und insofern die Beweismomente nur einen particularrechtlichen Charakter hätten, das ganze Institut für ein particularrechtliches erklären müssen. Allein die Sache steht anders. Jene Abweichungen existiren nur in der Theorie, sie sind weder rechtlich begründet, noch theoretisch nothwendig. Sind sie aber beseitigt, und ist die von mir vorgeschlagene Construction die richtige, so gibt es keinen Grund, die gemeinrechtliche Möglichkeit und Geltung des Instituts in Zweifel zu ziehen. Ich wüßte nicht, was der strengste Romanist dagegen einwenden könnte,

wenn Jemand an einem Ort, wo unser Institut angeblich nicht gölte, den gewünschten Zweck dadurch zu erreichen suchte, daß er in dem Connossement bemerkte: er cedire hiermit zugleich seine persönliche Klage gegen den Schiffer und eventuell die reiv. rücksichtlich der Waaren. Ebenso wird mir Jeder einräumen, daß es dieses ausdrücklichen Zusatzes nicht einmal bedürfte, wenn der auf Cession gerichtete Wille sonst nur klar wäre. Ich meine, mit demselben Recht, mit dem die römischen Juristen eine stillschweigende Bestellung des Pfandrechts an den Invecten und Illaten im Fall der Miethe einer Wohnung annahmen [59]), weil dies die regelmäßige Intention der Contrahenten war, mit demselben Recht dürfen auch wir neuern Juristen den Handelsstand von einer ausdrücklichen Erklärung seines Willens dispensiren und eine stillschweigend geschehene Cession annehmen, wenn dieser Wille sonst nur, wie dies hier der Fall, ein rechtlich möglicher ist und die Annahme eines solchen Willens genügende Gründe für sich hat. Letzteres ist mir in unserm Verhältniß nicht zweifelhaft. Um alle etwaige Bedenken zu beseitigen, brauchte man nur in die Formulare eines Connossements einen Passus über die Cession aufzunehmen. Es ergibt sich hieraus zugleich, daß die Handelswelt es in ihrer Hand hat, insofern es noch erst nöthig ist, beim Landtransport dasselbe rechtliche Verhältniß wie beim Seetransport zu begründen; es brauchte bloß der Factura die Notiz über geschehene Ces-

---

59) l. 4 pr. in quib. caus. (20. 2) .. pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. Ebenso l. 31 § 20 de aed. ed. (21. 1) quia assidua est duplae stipulatio etc.

sion der Klagen hinzugefügt werden. Ob man der Factura schon jetzt die Bedeutung, zugleich Cessionsdocument zu sein, zusprechen darf, das gehört weder zu meiner Aufgabe, noch steht mir darüber ein Urtheil zu.

IV.

Ueber Stiftungen.

Von

Professor **Paul Roth** in Rostock.

I.

Einleitung.

Die Lehre von den Stiftungen ist erst seit verhältnißmäßig kurzer Zeit der Gegenstand besonderer Erörterung geworden. Es war früher nicht gewöhnlich, sie als juristische Personen aufzufassen, noch sie weiter zu berücksichtigen, als insofern sie sich unter die piae causae subsumiren ließen [1]). Erst seit Heise [2]) wurden sie unter den juristischen Personen aufgeführt, aber nur als piae causae, oder als gemeinnützige, nach einer ausdehnenden Erklärung diesen gleich-

1) Nicht nur in den Commentaren nach der Ordnung der Digesten geschah dieß, z. B. Lauterbach, Voet, Böhmer zu IV. 1. und XXIX. 1., sondern auch in Lehrbüchern, z. B. Thibaut 1. Aufl. § 199 und 925. Hofacker § 1378 und 4626 flg. Noch Dabelow, Handb. des gem. röm. deutschen Priv.-R. Halle 1803. I. § 47 verwahrt sich dagegen, daß einzelne Anstalten wie Armenhäuser zu den moralischen Personen gerechnet werden dürften, da ihnen das erste Erforderniß, gesellschaftliche Vereinigung, fehle.

2) Grundriß, zweite Ausg. 1816 § 98 Note 13.

stehende Anstalten, und es wurden ihre Rechtsverhältnisse lediglich auf die Grundsätze des römischen Rechts zurückgeführt. Eine nähere Prüfung der letzteren wurde durch den Städel'schen Beerbungsfall veranlaßt, indem hier zur Erörterung kam, ob die Bestimmungen des römischen Rechts über piae causae auf alle Stiftungen ohne Unterschied des Zweckes Anwendung litten, und ob eine pia causa zu ihrer Entstehung Staatsgenehmigung bedürfe. Eine Entscheidung dieser Fragen wird sich mit Sicherheit nur aus einer Betrachtung der früheren Zustände ergeben.

Nach den kirchlichen Satzungen, welche nach Auflösung des Römerreichs auch in dem fränkischen Reich fortdauernd in Geltung waren, wurde jede Diöcese in der Art als Einheit aufgefaßt, daß die Verwaltung des in derselben befindlichen Kirchenguts dem Bischof zustand, der die Erträgnisse nach den canonischen Regeln zu verwenden hatte [3]). Erst seit der Mitte des fünften Jahrhunderts kam an einigen Orten die Uebung auf, der Parochialgeistlichkeit einen Theil der in ihrer Kirche dargebrachten Oblationen zu überlassen [4]), während das Grundvermögen, auch das an bestimmte Parochialkirchen geschenkte, der Verwaltung des Bischofs verblieb [5]). Die Verwendung der in der Hand des Bischofs vereinigten Einkünfte der Diöcese sollte nach alter seit dem fünften Jahrhundert gesetzlich bestätigter Observanz der lateinischen Kirche nach vier Theilen geschehen, nämlich für den Bischof, den Clerus, die Armen und die Kirchenbauten [6]). Die Unterhaltung der Armen seiner Diöcese lag

3) Thomassin, Vet. et nova eccl. Discipl. III. 2. cap. 1. 8. Planck, Geschichte der christl. kirchl. Gesellsch.-Verf. I. S. 562 flg.

4) Thomassin l. c. e. 15. 5. Planck l. c. 565.

5) s. mein Beneficialwesen S. 259.

6) Thomassin l. c. cap. 13.

dem Bischof ganz abgesehen von besonderen zu diesem Zweck getroffenen Einrichtungen aus dem Kirchenvermögen ob [7]). Besondere Institute der Wohlthätigkeit, welche theils von den Bischöfen ständig errichtet wurden [8]), theils Privatleuten ihre Entstehung verdankten [9]), standen nicht nur unter der Aufsicht des Bischofs, sondern wurden auch in der Art als kirchliche Anstalten angesehen, daß sie einen Theil des Kirchenguts der Diöcese bildeten und die Verwendung der Erträgnisse derselben dem Bischof zustand. Man darf bei nicht eximirten Wohlthätigkeitsanstalten in dieser Zeit dasselbe Verhältniß annehmen wie bei nicht eximirten Klöstern [10]), demnach, daß der Verwendung des ihnen gewidmeten Vermögens zu anderen kirchlichen Zwecken, ja ihrer Umgestaltung oder Aufhebung durch den Bischof gesetzlich nichts im Wege stand [11]). Es wurde daher zur Sicherung der Stiftung derselbe Weg wie bei den Klöstern eingeschlagen, nämlich die Exemtion von der bischöflichen Gewalt, und zwar wie bei diesen durch päpstliches Privilegium [12]) oder

7) Die Vorschriften sind ganz speciell. Conc. Aurel. V. c. 20 ist dem Bischof befohlen, die Gefangenen der Stadt besuchen und aus dem bischöflichen Haus speisen zu lassen. Nach c. 21. muß er die Armen der Stadt und Diöcese speisen und kleiden. Aehnliches bestimmt Conc. Lugd. II. can. 6 hinsichtlich der Leprosi. Vgl. meines Vaters Abh. über den Einfluß der Geistl. unter den Merov. 1830. S. 9. 11. 13. und Thomassin I. 2. c. 89.

8) Thomassin I. 2. c. 89. nr. 9. Concil. Tolet. III. c. 3. f. unten Note.

9) Thomassin l. c. nr. 12.

10) Ueber diese f. mein Beneficialwesen S. 262. 263 Not. 84.

11) Es erhellt dieß am deutlichsten daraus, daß Bischof Bertram von Le Mans die Stiftung einer Matricula und eines Xenodochium in Ponteleuga Bertr. Test. Pardessus I. pag. 205. und Hincmar von Rheims eine ähnliche Stiftung in Rheims Flodoard, Hist. Rem. III. 10 gegen die Eingriffe ihrer Nachfolger sicher zu stellen suchen.

12) z. B. für das Xenodochium in Autun Pardessus I. nr. 221.

durch Bestätigung von einer Provincialsynode [13]), oder durch königliche Bestätigung [14]), endlich auch durch eine Vereinigung dieser drei Privilegien [15]). Solche eximirte Anstalten standen entweder allein [16]), und wurden auch im Frankenreich als loci sancti [17]) oder venerabilia loca [18]), oder auch, da zum Dienst bei denselben regelmäßig Cleriker oder Mönche verwendet wurden, als basilicae [19]), oratoria, cellulae [20]) oder geradezu als ecclesiae [21]) bezeichnet — oder

---

13) So wurde das von Childebert und Ultrogotha in Lyon errichtete Xenodochium in Conc. Aurel. V. c. 15 von den versammelten Bischöfen mit den Worten bestätigt: ut quicquid praefato xenodochio — collatum aut conferendum est, nihil exinde ad se — antistes ecclesiae Lugdunensis revocet, aut ad jus ecclesiae transferat, — quod si quis contra hanc constitutionem nostram venire tentaverit, — anathemate feriatur. Ebenso wurden die Schenkungen Guntrams und seiner Familie an verschiedene Kirchen vel quibuscumque locis sanctis in Conc. Valent. anno 589 bestätigt. Dasselbe ließ Hincmar für seine Stiftung von seinen Suffraganen thun.

14) So bei der Stiftung von Hincmar. Daß die Ertheilung der königlichen Bestätigung ganz gewöhnlich nachgesucht wurde, ergiebt sich aus C. 850. 16. 399. [Ich citire die Capitularien der Kürze wegen wie in meinem Beneficialwesen.]

15) Daß solche Exemtionen für die Stiftungen von Laien im siebenten Jahrhundert ganz gewöhnlich waren, ergiebt sich aus Marc. II. 1. Hier ist die Stiftung eines Xenodochium von der ausdrückliche Bedingung abhängig gemacht, daß der Diöcesanbischof außer pro tradendis benedictionibus vel substitutione abbatibus presbyteris vel diaconibus keine Gewalt ausübe.

16) Xenodochia werden in den Capit. häufig erwähnt, z. B. 783. 1. 46. 803. 3. 110. 807. 150 u. s. f.

17) Conc. Aurel. V. c. 16. Conc. Valent. c. un. Testam. Bertramni l. c. Test. Joannis Pardessus I. nr. 243.

18) C. 844. 3. 381. Ansegis. II. 29.

19) So im Test. Bertrams: ad ipsos pauperes vel inopes ipsius basilicae.

20) Marc. II. 1.

21) C. 807. 150.

sie waren als selbstständige Anstalten mit Kirchen oder Klöstern verbunden. In den Diöcesankirchen und den Klöstern wurden solche Anstalten aus den Kirchenmitteln gehalten[22]); bei größeren Kirchen aber erhielten sie, wenn auch äußerlich in Verbindung mit der kirchlichen Anstalt bleibend und nach diesen benannt, nicht selten eine selbstständige Stellung[23]). Dieß war namentlich der Fall mit den Matriculae, die schon seit alter Zeit bei allen größeren Kirchen sich finden[24]).

Selbstständige Anstalten dieser Art werden regelmäßig den Klöstern gleichgestellt, und in Verbindung mit ihnen genannt[25]), woraus sich schließen läßt, daß die Verhältnisse beider identisch waren. Sie wurden wie diese zum Kirchengut gerechnet[26]), theilten deßhalb auch zur Zeit der Säcularisation das Schicksal desselben, indem viele durch Verleihung von Seite des Königs in die Hände von Laien übergingen[27]). Die durch Privilegium des Königs eximirten Anstalten wurden als regales von den in der Gewalt des

22) Thomassin I. 2. 90. Sie erscheinen, wenn sie überhaupt ausgeschieden sind, nur als Abtheilungen des Haushalts, so wie Küche und Keller.

23) So hatte die Matricula S. Dionysii schon im siebenten Jahrhundert volle Selbstständigkeit. Zwei Schenkungen der Könige an die Matricularii sind Pard. I. nr. 268 und 330.

24) Ueber die Einrichtung derselben vgl. mein Beneficialwesen S. 184 Note 66.

25) z. B. C. 807. 150. C. 823. 1. 235. C. 823. 5. 237. C. 850. 16. 399.

26) Ansegis. II. 29 ist den dort einzeln aufgeführten Wohlthätigkeitsanstalten die Veräußerung von Immoblien wie anderen kirchlichen Anstalten untersagt. C. 807. 150. ist der Besitz der piae causae in gleicher Weise wie der anderer kirchlicher Anstalten von den functiones publicae befreit.

27) C. 783. 1. 16a. C. 803. 3. 110 C. 825. 7. 250. C. 850. 16. 399. C. 856. 9. 442.

Bischofs stehenden unterschieden[28]). Sie waren unter des Königs defensio[29]), der gewisse Rechte daran behauptete[30]). Die nicht vom König eximirten Anstalten waren, soweit sie überhaupt als selbstständige Anstalten erschienen[31]), entweder Theile des in der Hand des Bischofs vereinigten Kirchenguts, und deßhalb seiner Verfügungsgewalt unterworfen[32]), oder, sofern die Stifter für sich oder ihre Erben besondere Rechte sich vorbehalten, in der defensio des Bischofs, dem das Oberaufsichtsrecht darüber zustand[33]). Stiftungen der letzten Art standen zu dem Bischof in derselben Beziehung wie andere kirchliche Anstalten, an welchen ein Privatrechtstitel begründet war[34]). Der Bischof hatte namentlich darauf zu

---

28) C. 783. 6. 46a. De monasteria et senodochia, qui per diversos comites sunt, ut regales sint, et qui eas habere voluerit, per beneficium regis habeant. Diese Bestimmung ist C. 856. 9. 442. wiederholt, hier heißt es, aber offenbar durch einen Schreibfehler: regulares.

29) C. 850. 14. 399. C. 823. 5. 237. ist der Ausdruck mundium gebraucht.

30) C. 803. 3. 110. heißt es: de senodochiis nobis pertinentibus. Vgl. C. 823. 5. 237.

31) s. o. Note 21.

32) Es erhellt dieß aus C. 823. 1. 235., wo der Fall supponirt ist, daß der Bischof senodochia oder monasteria oder ecclesias baptismales Jemand zu Emphyteusis gegeben.

33) C. 850. 15. 403. Quae autem sub defensione quidem sunt ecclesiae, sed juxta institutorum decreta per heredes vel pertinentes, qui religiosam vitam duxerint, regi debent, procuret episcopus, ut ab eis non negligantur.

34) C. 829. 2. 350 ist das Verhältniß der ecclesiae geregelt, quae inter coheredes divisae sunt. Nach C. 801. 21. 86. sollen Kirchen, an denen quiscumque laicus portionem quaerere praesumserit, geschlossen werden. Klöster wurden, hauptsächlich um die Theilung unter die Erben zu hindern, in königliche verwandelt. C. 853. 2. 419.

sehen, daß die Stiftung nicht ihrem Zweck entfremdet und das Vermögen unter die Erben vertheilt werde[35]).

Aus dem Angeführten erhellt, daß im Frankenreich die Wohlthätigkeitsanstalten nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, weil die Armenpflege in den Geschäftsbereich der Kirche fiel, die Wohlthätigkeitsanstalten von Geistlichen geleitet wurden[36]), und der Aufsicht des Bischofs[37]), sowie der kirchlichen Gesetzgebung[38]) unterlagen, und daß sie demnach ihre juristische Persönlichkeit aus der der Kirche ableiteten. Dieses Verhältniß, durch das canonische Recht[39]) ausdrücklich bestätigt, blieb dasselbe durch das ganze Mittelalter, wenn auch durch zahlreiche Exemtionen viele Anstalten nur in äußerlichem Verband mit der Kirche blieben. Es war gewöhnlich, durch kirchliche Weihe dieselben mit der Kirche in Verbindung zu bringen[40]). Erst seit dem sechszehnten Jahrhundert wurde nicht nur in protestantischen,

---

35) C. 850. 15. 403. In Bezug auf Klöster enthält eine gleiche Vorschrift C. 856. 1. 442.

36) In Ansegis. II. 29. ist vorausgesetzt, daß die dort angeführten Wohlthätigkeitsanstalten von Sacerdotes geleitet werden. C. 844. 3. 381. ist geklagt, daß loca specialius venerabilia Laien überlassen sind, und C. 850. 16. 399. der König aufmerksam gemacht, daß senodochia öfter personis quibus non licet gegeben würden. Die Bestellung der Administration durch die Stifter ist C. 850. 15. 399 dahin beschränkt: juxta institutorum decreta per heredes vel pertinentes qui religiosam vitam duxerint, regi debeat. —

37) Thomassin. I. 2. 91.

38) C. 825. 7. 250.

39) S. Decret. III. 36. Clem. III. 11.

40) cap. 4. Decret. III. 36. si locus ad hospitalitatis usum — fuerit (sicut moris est) auctoritate pontificis destinatus, cum sit religiosus. — Ueber die Frage, ob nach dem älteren Recht eine nicht kirchlich geweihte Anstalt die Eigenschaft eines pius locus habe, vgl. Mühlenbruch in Glück 40 S. 22 flg.

sondern auch in katholischen Ländern eine durchgreifende Umgestaltung dadurch herbeigeführt, daß die Armenpflege dem Geschäftsbereich der Kirche entzogen und dieser die Aufsicht auch über die bestehenden Stiftungen vielfach genommen wurde[41].

Es ist nun zu untersuchen, wie sich die Bestimmungen des römischen Rechts zu diesen Rechtssätzen verhalten, indem es sich denken ließe, daß dieselben an die Stelle der im Mittelalter beobachteten canonischen Satzungen getreten seien. Es ist hier indessen nur auf die Wohlthätigkeitsanstalten Rücksicht zu nehmen, da die fortdauernde Verbindung der auch als piae causae bezeichneten rein religiösen Anstalten mit der Kirche keinem Zweifel unterliegt. In der ersten Zeit nach Anerkennung der christlichen Kirche scheint die Armenpflege im römischen Reich noch nicht ausschließlich der Kirche zugewiesen gewesen zu sein, da noch im vierten Jahrhundert die cura hospitalium domorum zu den sordida munera gezählt wird[42]. Im fünften Jahrhundert war jedoch die Armenpflege schon allgemein der Kirche zugewiesen. Zu den kirchlichen Anstalten jeder Diöcese gehörten auch die

41) In Frankreich wurden die Stiftungen durch königliches Decret vom Jahre 1543 der weltlichen Aufsicht unterworfen. Thomassin I. 2. 91. nr. 8. Ueber Belgien vgl. Böhmer, J. E. Pr. III. 36 § 43. und über die Praxis in den protestantischen Ländern ebenda 43. und 44.

42) l. 15. Cod. Theod. de extraordinar. sive sord. (XI. 16) von Gratianus anno 382 — publicis vel sacris aedibus construendis atque reparandis hospitalium domorum minime cura(e) subjaceant. Es war diese Verpflichtung vielleicht nur local. Schon in der heidnischen Zeit finden sich Xenoparochi, Sat. Horat. I. 5. v. 46. Cicero ad Atticum I. 13. Arcadius in libro de muneribus l. 18 § 10 D. de mun. et hon. 50. 4 rechnet die Verpflichtung der Xenoparochi zu den munera personalia.

Wohlthätigkeitsanstalten, welche von den kirchlichen Behörden selbst oder von Privatleuten errichtet waren [43]). In Bezug auf letztere wird eine doppelte Thätigkeit des Bischofs in den Quellen erwähnt; es lag ihm ob, die Zuwendung in Ausführung zu bringen, selbst wenn sich der Stifter die Einmischung der geistlichen Behörde verbeten hatte [44]), und es stand ihm die Aufsicht über die Verwaltung zu. Zwar richtete sich diese zunächst nach den Bestimmungen des Stifters [45]), welcher namentlich die Administratoren ernennen oder die Ernennung Dritten, z. B. den Erben übertragen konnte [46]), jedoch unter Voraussetzung der Beobachtung der canonischen Satzungen. Als Administratoren scheinen nur Cleriker zugelassen worden zu sein [47]); sie wurden von dem Bischof bestätigt [48]), standen in Bezug auf ihre Amtsführung unter seiner Aufsicht [49]) und Jurisdiction [50]) und konnten von ihm entfernt werden [51]). Waren die Berechtigten in der Ernennung säumig, so verloren sie das Ernennungsrecht, das in diesem wie in allen Fällen, wo von dem Stifter kein Vorbehalt gemacht worden, dem Bischof

---

43) l. 35. Cod. (1. 2.) sind dieselben als usus ecclesiastici bezeichnet. Die Privilegien derselben sind die der Kirchen.

44) Dieß sowohl, wenn der Stifter selbst in der Erfüllung säumig war l. 15. Rest. Cod. 1. 2. als wenn die Erben dessen, der den Bau einer Wohlthätigkeitsanstalt letztwillig verfügt, diesen verzögerten. l. 46 (Rest.) Cod. 1. 3. Nov. 131. c. 10.

45) l. 15 (Rest.) Cod. 1. 2.

46) l. 46 (Rest.) § 3. 4. Cod. 1. 3. Nov. 131. c. 10.

47) Nov. 123. c. 23. Oeconomos et xenodochos — et alios omnes clericos Nov. 120 c. 6. § 2. Ordinatores — et amplior pars deservientium vgl. Nov. 7. c. 1. l. 33. Cod. 1. 3.

48) l. 42. § 9. Cod. 1. 3. Nov. 120. c. 6. § 1.

49) l. 46 (Rest.) Cod. 1. 3. Nov. 130. c. 10.

50) Nov. 123. c. 23.

51) Die Note 49. citirten Stellen.

zustand[52]). Dieses Ernennungsrecht der Stifter kann demnach nur analog dem Patronatrecht beurtheilt werden[53]). Die Verwaltung der Stiftungen richtete sich nach gesetzlichen Bestimmungen, welche durch Privatdisposition nicht abgeändert werden konnten. So war allen Wohlthätigkeitsanstalten ohne Unterschied der Entstehung die Veräußerung von Immobilien nur nach bestimmten festgesetzten Regeln erlaubt[54]). Die Verwalter durften nur über solche während ihrer Verwaltung erworbene Vermögenstheile verfügen, welche sie von ihren Eltern und Brüdern ererbt hatten[55]), und mußten dem Bischof Rechnung ablegen[56]); die Ueberschüsse der Einkünfte durften nur in die Anstalt verwendet werden[57]). Die Befugniß der Stifter zu selbstständigen Festsetzungen beschränkte sich daher neben der Ernennung der Administration auf das Gebiet der laufenden Verwaltung. Soweit solche Festsetzungen nicht vorlagen, oder die Erben ihrer Säumigkeit wegen das Recht zur Ernennung der Administration verloren hatten, stand die Ernennung der Administration sowie die Regelung der Verwaltung dem Bischof zu. Es werden daher ausdrücklich diejenigen Anstalten, deren Verwaltung von dem Bischof abhängt[58]), von denen

52) l. 42. § 9. Cod. 1. 3.

53) Diesem stellt es auch Böhmer, J. E. Pr. III. 36. § 40 gleich.

54) l. 17 § 1. Cod. 1. 2. Nov. 120. c. 6.

55) l. 42 § 6 (Rest.) Cod. 1. 3. Derselben Bestimmung unterlagen die Bischöfe ib. § 2.

56) Nov. 123. c. 23. ist diese Pflicht auf ihre Erben ausgedehnt. Aus dem Beisatz in l. 42 § 8 (Rest.) Cod. 1. 3. sicut divina nostra lege continetur scheint in Zusammenhalt mit § 9. zu folgen, daß die kirchliche Gesetzgebung für alle Wohlthätigkeitsanstalten anerkannt war.

57) l. 46 § 7. (Rest.) Cod. 1. 3.

58) Nov. 120. c. 6. § 1. venerabiles domus, quarum gubernatio-

mit eigner Administration unterschieden[59]). Auch die ersteren hatten wie die letzteren oeconomi, administratores und chartularii, die aber in allen Einzelnheiten von dem Bischof abhingen, während die Verwalter der letzteren nur seiner Aufsicht unterlagen[60]). Diese waren zur Vertretung der Stiftung legitimirt[61]), konnten für sie erwerben und namentlich Processe führen[62]). Sie theilten aber diese Befugniß mit den Vorstehern anderer kirchlicher Anstalten, besonders der Klöster.

Es erhellt daraus, daß das römische Recht Privatstiftungen, d. h. solche, die nicht im kirchlichen Verband standen, nicht kannte. Man wollte dieß schon aus dem Umstand schließen, daß die zu den Wohlthätigkeitsanstalten verwendeten Häuser, in der Regel zum Gottesdienst eingerichtet, der kirchlichen Weihe bedurften, und wollte demnach die Verleihung von Corporationsrechten in dem von dem Bischof zu celebrirenden Akt der Weihe finden[63]). Allein eine solche Weihe war nach dem Recht des Codex und der Novellen

---

nem loci sanctissimus episcopus aut per se aut per venerabilem chorum clericorum faceret. —

59) ibid. Si vero ptochia — sint propriam administrationem habentes. —

60) Es zeigt sich dieß darin, daß die ersteren zum Verkauf von Immobilien den Consens des Bischofs einholen mußten, während bei den letzteren die Ordinatores nur vor dem Bischof zu beschwören haben, daß der Vertrag nicht nachtheilig sei. Nov. 120. c. 6. § 1.

61) Mühlenbruch in Glück 39. S. 450 Note 94. legt ohne Grund Gewicht darauf, daß l. 32. Cod. 1. 3. die Vorsteher den Curatoren verglichen werden, da diese Bestimmung sich nur auf den Vorsteher der Waisenhäuser und zwar nur in Byzanz bezieht. Auch sind denselben die Rechte von Curatoren zunächst über die Waisen eingeräumt. Vgl. Nov. 123. c. 15.

62) l. 49 § 4. Cod. 1. 3.

63) So namentlich Mühlenbruch in Glück 40 S. 17 flg.

keinenfalls maßgebend für die Verleihung von Corporationsrechten, da sie unzweifelhaft auch bei solchen Anstalten vorgenommen wurde, welche unter Verwaltung des Bischofs, also nicht selbstständig waren; sie kann auch nicht als eine Bestätigung der Stiftung von Seiten der kirchlichen Behörden aufgefaßt werden, da diesen ein solches Bestätigungsrecht nicht zustand, indem sie vielmehr verpflichtet waren, die Ausführung jeder derartigen Zuwendung zu bewirken [64]. Weder nach dem römischen noch nach dem späteren Kirchenrecht hatte der Bischof eine solche Zuwendung als Zuwendung an die Kirche zu bestätigen, sondern nur die äußeren Veranstaltungen zu treffen, welche für die Einreihung derselben unter die Kirchensachen erforderlich waren [65]. Daß Wohlthätigkeitsanstalten von Privatleuten nach römischem Recht nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, ergiebt sich namentlich daraus, daß, wenn die Stiftung Bestimmungen enthielt, die mit den bestehenden Gesetzen nicht vereinbar waren, diese dadurch nicht ungültig, sondern nur den bestehenden Gesetzen entsprechend ausgeführt wurde [66]. Die als piae causae errichteten Stiftungen hatten also im römischen Recht nicht eine selbstständige Persönlichkeit durch einen Rechtssatz, auch war den Stiftern nicht die Befugniß beigelegt, ihnen selbstständige Persönlichkeit zu ertheilen, sondern sie hatten, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, eine von der der Kirche abgeleitete Persönlichkeit. Die Bestimmungen des römischen Rechts über die

64) l. 46 § 5 (Rest.) Cod. 1. 3. Nov. 131. c. 11.

65) Nach dem oben Note 40. cit. cap. 4. Decret. III. 36. war die Weihe auch nur gewöhnlich nicht vorgeschrieben.

66) Eine solche Bestimmung galt pro non scripta, wenn die Einmischung des Bischofs bei der Ausführung verboten war. l. 46 pr. (Rest.) Cod. 1. 3.

Wohlthätigkeitsanstalten beruhen also auf demselben Princip wie die im Eingang erörterten des canonischen Rechts im Mittelalter, und unterscheiden sich nur dadurch, daß dem Bischof nicht wie nach den letzteren eine Verfügung über das gewidmete Vermögen zu anderen kirchlichen Zwecken zusteht.

Daraus ergiebt sich auch der Uebergang in das neuere Recht. Nachdem, wie oben gezeigt, seit dem sechszehnten Jahrhundert die Armenpflege in verschiedenen Ländern von der Kirche getrennt wurde, und gemeinrechtlich derselben jetzt nicht mehr zusteht[67]), können zwar Wohlthätigkeitsanstalten durch specielle Festsetzung unzweifelhaft noch als kirchliche Anstalten errichtet werden, aber sie sind nicht an sich als solche anzusehen. Für die Armenpflege sind zwar überall andere Einrichtungen getroffen, die Gemeinden und der Staat sind an die Stelle der Kirche getreten; allein das Recht der Kirche bezüglich der frommen Stiftungen ist durch keinen Rechtssatz auf diese neueren Armenpflegen übertragen; der Stifter hat keine Verpflichtung, die Stiftung mit diesen in Verbindung zu bringen, wie er sie früher nur als kirchliche errichten konnte. Ebensowenig läßt sich aber aus dem römischen Recht ein Rechtssatz deduciren, der allen Stiftungen zu frommen Zwecken, auch wenn sie nicht kirchliche Anstalten sind, juristische Persönlichkeit beilegte, oder die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung aus dem früheren kirchlichen Charakter derselben erweisen; diese letztere ergiebt sich vielmehr nur aus inneren Gründen. Nachdem die die Entstehung der Stiftungen normirenden Rechtssätze des römischen Rechts und des Kirchenrechts des Mittelalters

67) Mühlenbruch in Glück 39. S. 462. Savigny, System II. 272. Pfeifer, Jur. Pers. S. 130. 137.

durch das Hinwegfallen ihrer Voraussetzungen ihre Anwendbarkeit verloren haben, so sind die Stiftungen, wie sie jetzt erscheinen, als ein Product der neueren Rechtsentwickelung aufzufassen, welche mit dem früheren Recht nur insofern zusammenhängt, als die im römischen Recht den piae causae ertheilten Privilegien unverändert fortbestehen, und als bei denselben die Ausführung der Absicht, soweit sie von dem Stifter nicht selbst in's Werk gesetzt ist, von den zur Armenversorgung bestimmten Behörden vertreten wird[68].

II. Begriff der Stiftung.

Man versteht unter Stiftung im gemeinen Leben öfter jede Bestimmung von Vermögen zu einem gewissen Zweck, ohne zu unterscheiden, ob nur eine einmalige Verwendung oder eine dauernde Einrichtung, ob die Entstehung eines selbstständigen Rechtssubjects beabsichtigt ist, oder die Zuwendung an ein schon existirendes Rechtssubject erfolgt. Zur Stiftung im technischen Sinn gehören nur solche Verfügungen, wodurch ein selbstständiges Rechtssubject mit juristischer Persönlichkeit entsteht, und es ist daher die rechtlich zulässige Zuwendung an gewisse Wohlthätigkeitszwecke[69]) die Zuwendung sub modo an ein schon existirendes Rechtssubject und die Familienstiftung auszuscheiden, welche letztere nichts als ein modificirtes Familienfideicommiß ist.

Da die Beschränkungen des früheren Rechtes, welches nur Stiftungen zu kirchlichen oder in den Geschäftsbereich der Kirche fallenden Zwecken kannte, hinweggefallen sind, und demnach auf die Beschaffenheit des Zweckes, sofern der-

---

68) Vgl. unten Note 85. und 96.

69) z. B. an die pauperes, captivi.

selbe ein erlaubter ist, nichts ankommt, so versteht man unter Stiftung jedes Institut, das durch eine von Staatswegen genehmigte Disposition auf eine dazu gewidmete Universitas bonorum zu einem festgesetzten Zweck begründet wird. Man bezeichnet die Stiftungen als eine besondere Art der juristischen Personen, und will damit ausdrücken, daß durch Fiction die ihnen zukommende beschränkte Rechtsfähigkeit auf sie übertragen sei. Darin herrscht nun Uebereinstimmung, daß die Stiftungen ihr Rechtssubject in sich selbst tragen[70]); dagegen sind die Meinungen über das Substrat verschieden. Während das Vorhandensein eines sichtbaren Substrats von Einigen ganz geläugnet wird[71]), wird andererseits der Güterinbegriff, die Universitas bonorum, als solches bezeichnet[72]). Nur die letztere Auffassung gewährt einen sichern Anhaltspunct. An sich ist allerdings ein äußerlich erscheinendes Substrat für die juristische Persönlichkeit nicht erforderlich, da diese auch einem nur in der Idee existirenden Begriff wie dem Staat und der Kirche beigelegt werden kann; bei Stiftungen läßt sich jedoch eine ideale Existenz nicht denken. Ist der Zweck das Rechtssubject, welches das vom Stifter gewidmete Vermögen eigen-

---

70) Die zuerst von Roßhirt, Archiv X. 321. aufgestellte und von Einigen adoptirte Meinung, daß alle Stiftungen im Eigenthum des Staats, der Kirche oder Gemeinden stünden, ist widerlegt von Mühlenbruch, Städel. Beerb. S. 63. und in Glück 40 S. 80. Savigny II. 271. Vangerow. § 60.

71) Savigny II. 243. 244 Note b. Kierulff, Theorie I. S. 147.

72) Mülenbruch, Städ. Beerb. S. 78 und bei Glück 40. S. 80. Seuffert § 50. Puchta, Pand. § 25. und Vorl. § 28. f. dagegen Pand. u. Vorl. § 27. Gleiche Unbestimmtheit bei Pfeifer, Jur. Pers. S. 125.

thümlich erwirbt[73]), so entsteht vor Allem die Frage, wie sich dieser Zweck concret gestalte, d. h. wann das Rechtssubject als vorhanden anzunehmen sei. Die Frage kann auch dahin gestellt werden: Kann eine Stiftung ohne das Vorhandensein von bona als existent angesehen werden? Bejaht man dieß, so müßte man entweder jedem denkbaren und erlaubten Zweck[74]) an sich juristische Persönlichkeit beilegen, oder wenigstens jedem solchen, auf welchen der bestimmte Wille einer Person für sich oder mit Staatsgenehmigung gerichtet ist[75]). Man müßte mit anderen Worten den Stiftungen eine von der juristischen Persönlichkeit trennbare selbstständige Existenz außerhalb des Privatrechts zuschreiben, wie dieß z. B. bei Staat, Kirche und Gemeinden der Fall ist. Diese bestehen unabhängig von ihrer juristischen Persönlichkeit; die Vermögensfähigkeit fördert, aber bedingt nicht die Erreichung ihrer Zwecke[76]). Stiftungen dagegen haben keine selbstständige Existenz außerhalb des Privatrechts, sie hören mit dem gänzlichen Untergang des

73) Savigny l. c. Pfeifer, Jur. Perf. S. 125. und 135.

74) So sollte man statt fromm und gemeinnützig sagen, da sich unter den letzteren Begriff Alles subsumiren läßt, was nicht für bestimmte Individuen oder Familien geschieht.

75) Es würde demnach hinreichen, daß man in der Hoffnung, die Mittel zu beschaffen, das Rechtssubject entstehen ließe, oder das Institut geradezu auf freiwillige Beiträge begründete. Bibelvereine, Missionsgesellschaften u. a. haben öfter gar nicht die Natur der Societates, indem die Beitragenden nicht als Mitglieder eines Personenvereins, sondern nur als Wohlthäter erscheinen. Obwohl hier ein frommer Zweck vorliegt, der mit bestimmten Mitteln erreicht wird, werden sie doch nicht zu den Stiftungen gerechnet werden können.

76) Savigny II. 240. Einziehung des Kirchenguts oder der Gemeindegüter berührt Kirche und Gemeinden nicht in ihrem Bestand, sogar nicht in ihrer Eigenschaft als juristische Personen.

Vermögens, das ihre Grundlage bildet, von selbst auf[77]). Bei Corporationen ist das Vermögen an die juristische Person, bei Stiftungen die juristische Person an das Vermögen gebunden. Die Universitas bonorum ist daher bei letzteren allein der Träger der juristischen Persönlichkeit.

III. Entstehung.

Die Stiftung entsteht also nicht durch Fixirung des Willens auf einen bestimmten Zweck, sondern durch die Disposition, daß eine Universitas bonorum selbstständig verwaltet und das Erträgniß zu einem bestimmten Zweck verwendet werde. Diese Disposition ist demnach die Selbstständigmachung einer Universitas bonorum, welche eine Zweckbestimmung eben so nothwendig enthalten muß, wie die Errichtung eines das Substrat einer Corporation bildenden Personenvereins. Darin treffen Corporation und Stiftung zusammen, daß bei beiden der Zweck das leitende Princip für das Substrat ist; darin unterscheiden sie sich, daß bei der Corporation eine Vertretung vorausgesetzt wird, deren Wille als Wille der juristischen Person fingirt wird, während bei der Stiftung der Wille in den Dispositionen des Stifters ein für allemal festgesetzt ist. Die Errichtung der Stiftung besteht demnach in der Fixation des Willens des Stifters, dem eine nach den Bestimmungen sich richtende Dauer gegeben wird, entweder für bestimmte Zeit oder für immer; dieser Wille wird durch Fiction auf die juristische Person übertragen. Aeußerlich hat die Stiftung Aehnlichkeit mit der hereditas jacens; sowie diese bis zum Antritt des Erben personae vice fungitur, so scheint in der Stiftung der Wille des Stifters also gewissermaßen seine Per-

77) Puchta, Vorlesungen § 28 und unten Nr. VII. 2.

sönlichkeit repräsentirt. Allein diese Aehnlichkeit ist nur scheinbar, da bei der hereditas die Fiction nur provisorisch ist, und die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des defunctus umfaßt, während bei der Stiftung gleich definitiv aber nur ein einzelnes Vermögensrecht ausgeschieden ist.

Aus diesen Vordersätzen ergiebt sich ein innerer Grund für die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Entstehung einer Stiftung. Ueber diese sind die Ansichten getheilt, indem die Einen sie für alle Stiftungen für erforderlich halten, die Andern sie allen Stiftungen und die Dritten nur den piae causae im engern Sinn durch einen Rechtssatz beilegen lassen[78]). Daß ein solcher Rechtssatz im römischen Recht nicht enthalten, ist bereits oben unter I. erörtert. Man könnte die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung darauf zurückführen, daß die Uebertragung der juristischen Persönlichkeit, wo sie nicht durch einen Rechtssatz ausgesprochen ist, eine Concession von Seite der Staatsgewalt voraussetzt, und könnte nun in dieser die Uebertragung der juristischen Persönlichkeit auf das Substrat, nämlich den Vermögenscomplex sehen[79]), sowie bei der Corporation der vorhandene Personenverein als Einheit fingirt wird. Allein diese Erklärung ist nicht ausreichend. Juristische Persönlichkeit könnte nur auf einen Güterinbegriff übertragen werden, welcher nicht in dem Eigenthum einer physischen oder juristischen Person steht, demnach entweder herrnlos oder von dem Eigenthümer für selbstständig erklärt ist. Die letztere Verfügung kennt indessen das Civilrecht nicht, es kennt nur

78) Vgl. über die verschiedenen Meinungen Savigny II. 277. Puchta in Richters Jahrbüchern 1840 S. 706. Mühlenbruch, Städel. Beerb. S. 178 und in Glück 40. S. 17.

79) Dieß ist z. B. die Meinung von Mühlenbruch in Glück 40 S. 81.

eine zweifache Disposition über Eigenthum, Uebertragung an ein anderes Rechtssubject und Dereliction. Die Verfügung des Stifters ist keine Eigenthumsübertragung, denn er hat nicht die Absicht, einen Rechtsnachfolger zu bezeichnen, vielmehr seinem in Bezug auf gewisse bona ausgesprochenen Willen eine bestimmte oder unbestimmte Dauer zu geben. Eine solche Disposition enthält einen negativen und positiven Theil, den negativen, Aufgeben des Eigenthums, den positiven, daß die in solcher Weise aus dem Eigenthum des Stifters fallenden bona selbstständig sein sollen. Da der letztere Theil der Verfügung außerhalb der im Civilrecht dem Eigenthümer eingeräumten Befugnisse liegt, so setzt bei Stiftungen schon die Herstellung des Substrats eine lex specialis, die Staatsgenehmigung, voraus. In dieser Genehmigung der Entstehung des Substrats liegt an sich die Uebertragung der juristischen Persönlichkeit, da die Selbstständigerklärung des Vermögens nur unter Voraussetzung der Fiction, daß die Universitas bonorum ihr Rechtssubject in sich selbst trage, möglich ist. Die Nothwendigkeit der Genehmigung wird auch durch die besondere Beschaffenheit des Zweckes nicht alterirt. Man deducirte aus der privilegirten Stellung der piae causae im römischen Recht einen Rechtssatz, wonach allen Dispositionen zu einem frommen Zweck juristische Persönlichkeit eingeräumt sei [80]); die seit Böhmer gewöhnliche Auffassung der piae causae als milde und gemeinnützige Stiftungen dehnte überdieß diesen Rechtssatz nahezu auf alle Stiftungen aus [81]). Allein es ist nicht nur die letztere Ausdehnung unzulässig [82]), sondern die Noth-

80) Puchta in Richter's Jahrbüchern 1840. S. 710.
81) Vgl. z. B. Puchta, Pandekten § 27.
82) f. Mühlenbruch, Städel. Beerb. S. 141 und in Glück

wendigkeit der Genehmigung auch für die piae causae im stricten Sinn zu behaupten[83]).

Aus der Auffassung der Staatsgenehmigung als einer Bestätigung der Disposition ergiebt sich, daß die letztere eine Willenserklärung enthalten muß, welche bei erfolgter Bestätigung den Stifter bindet. Ist sie unter Lebenden getroffen, so kann die Frage, ob sie eine solche enthalte, nur insofern von Bedeutung sein, als der Stifter der Erfüllung der aus seiner Stiftung entspringenden Verbindlichkeiten sich weigert. Die Auffassung der Stiftung als eines Schenkungsofferts[84]) ist in diesem Fall ungenügend, weil ein Offert die Existenz des Rechtssubjects voraussetzt, welchem offerirt wird, demnach nicht einem Rechtssubjecte, das durch das Offert erst entstehen soll, offerirt werden kann. Man muß vielmehr nach dem Inhalt der Disposition unterscheiden. Besteht diese in der Zuweisung speciell bezeichneter bona, so ist durch die Staatsgenehmigung die Disposition perfect, demnach die Selbstständigmachung der bona oder mit andern Worten die Ausscheidung derseben aus dem Vermögen des Stifters erfolgt, die Stiftung entstanden, und es steht derselben die rei vindicatio gegen den Stifter zu. Besteht dagegen die Disposition in dem Versprechen einer Leistung, so ist mit erfolgter Staatsgenehmigung ein Klagerecht gegen den Stifter gegeben, wenn der Zweck der Stiftung eine pia

---

40. S. 41. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. II. 339. Pfeiffer, Jur. Pers. S. 130.

83) vgl. Mühlenbruch in Glück 40. S. 17. 38. Savigny II. 277. Pfeiffer, Jur. Pers. S. 133. Aus dem oben zu I. Gesagten ergiebt sich, daß die piae causae sich von anderen Stiftungen gemeinrechtlich nur durch ihre Privilegien unterscheiden.

84) wie dieß Pfeifer, Jur. Pers. S. 134 thut.

causa ist[85]); ist dieß aber nicht der Fall, so kann der säumige Stifter zur Erfüllung seiner Disposition nicht angehalten werden, da kein Rechtssubject vorhanden ist, welches gegen ihn auftreten könnte[86]).

Viel schwieriger und bestrittener ist die Frage, inwiefern die einer Stiftung zu Grund liegende Disposition in einem letzten Willen getroffen werden könne. Es ist hier nicht der Fall der Auflage an die Erben oder Legatare gemeint, eine Stiftung zu errichten[87]); eine solche Auflage kann als modus oder auch als Bedingung der Zuwendung beigefügt sein. Die Ausführung der Disposition liegt dann den Erben oder Legataren ob und zwar werden die Honorirten, wenn die Auflage als modus geschehen ist, allenfalls ex officio zur Erfüllung angehalten[88]); wenn sie in die

85) Aus denselben Gründen, aus welchen die letztwillige Verfügung zu Gunsten einer noch nicht existirenden Wohlthätigkeitsanstalt ausgeführt wird s. unten Note 95, ist auch eine Verfügung unter Lebenden den Stifter bindend, da sie jedenfalls als eine gültige Schenkung an die Armen erscheint; dieß sogar ohne hinzutretende Staatsgenehmigung. Die letztere bewirkt nur, daß diejenigen, welche die Ausführung der Disposition dem Stifter gegenüber vertreten, verbunden sind, sie nach den Bestimmungen des Stifters in Ausführung zu bringen.

86) Die Bestimmungen über die Zuwendungen an piae causae sind specieller Natur und können über den Bereich derselben nicht ausgedehnt werden. Die Stiftung, die nicht eine pia causa zum Gegenstand hat, kann daher nicht als Schenkung an den ihr zu Grund liegenden Zweck aufrecht erhalten werden. Durch die hinzutretende Staatsgenehmigung ist ein Rechtssubject in einem solchen Fall nicht entstanden, weil der Stifter dadurch nur die Befugniß erhält, seine Disposition auszuführen, aber keine Verpflichtung dazu übernimmt.

87) Gerade dieser Fall ist in den Quellen allein berücksichtigt l. 46 C. 1. 3. Nov. 131. c. 10.

88) l. 50 § 1. de her. pet. 5. 1. l. 92 D. de cond. 35. 1. Savigny III. 233 flg.

Form einer Bedingung gekleidet ist, ist der Erbschaftsantritt oder die Empfangnahme des Legats an sich von Erfüllung der Bedingung abhängig. In den meisten Fällen wird dieses Verfahren die Ausführung der Absicht sicher stellen, nur ist dabei der Fall nicht vorgesehen, daß der Honorirte ausschlägt, sowie es auch nicht anwendbar ist, wenn das ganze Vermögen des Erblassers zu Stiftungen verwendet werden soll. Man glaubte eine sichere Begründung darin zu finden, daß die Errichtung der Stiftung in dem letzten Willen ausgesprochen und dieselbe dann durch Erbeinsetzung oder Zuwendung eines Legats dotirt wurde. Allein der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens stehen begründete Bedenken entgegen. Denn abgesehen davon, daß eine letztwillige Verfügung nicht als eine Disposition erscheint, welche die sofortige Entstehung einer Stiftung bewirken kann, weil sie, die bis zum Tode widerrufen werden kann, den Stifter selbst nicht bindet, ist die Zuwendung ungültig, weil die honorirte Stiftung zur Zeit der Testamentserrichtung sowie zur Zeit der Delation noch nicht existirte. Von dem Erforderniß der Existenz des Honorirten in diesen beiden Momenten kann aber weder der Testator durch die als Clausel beigefügte Bedingung der Existenz [89]) noch die Staatsregierung durch

89) Dieß hält Mühlenbruch, Städel. Beerb. S. 267 und in Glück 40 S. 76 für zulässig. Er stützt diese Meinung auf l. 62 pr. D. de her. inst. 28, 5. und l. 51 pr. D. de leg. II., indem er für juristische Personen die Capacität und Existenz auf eine Linie stellt, während er andererseits Städel. Beerb. S. 275 treffend hervorhebt, daß die Existenz eine natürliche Bedingung der Erbfähigkeit sei, und mit Recht die Annahme eines Kunstembryo verwirft. Städel. Beerb. S. 274. Glück 40. S. 67. Da nun die äußerste Voraussetzung jeder Erbeseinsetzung bei physischen Personen die Conception zur Zeit des Todes des Erblassers ist, von welcher Voraussetzung durch keine Bedingung dispensirt werden kann, Mühlenbruch in Glück 40.

die nach dem Tode des Testators erfolgte Genehmigung dispensiren[90]. Einer solchen Genehmigung ist durch keinen Rechtssatz rückwirkende Kraft eingeräumt[91]), und es ist also keinem Zweifel unterworfen, daß eine solche Anstalt weder zur Zeit der Testamentserrichtung noch der Delation existirte. Aber auch eine bei Lebzeiten des Testators erfolgte Bestätigung halte ich für wirkungslos, da dieselbe nicht die Existenz des Instituts bewirkt, indem der Testator selbst an seine Disposition nicht gebunden ist, dieselbe vielmehr bis zu seinem Tode widerrufen kann, auch die Wirksamkeit der Genehmigung dadurch auf einen späteren ungewissen Moment hinausgeschoben würde[92]). Bei Stiftungen, welche nicht zu den piae causae gehören, kommt, wenigstens was die Erbeinsetzung betrifft, noch hinzu, daß die Uebertragung juristischer Persönlichkeit durch den Staat ihnen keine testamenti factio passiva verleiht, welche juristischen Personen nur in Folge besonderer Verleihung zusteht[93]). Da nun kein

---

S. 76, juristische Personen aber nie als Embryonen existiren, so erscheint die von Mühlenbruch für wirksam gehaltene Bedingung als ganz unzulässig.

90) Auch dieß hält Mühlenbruch Städel. Beerbung S. 230 für zulässig.

91) Pfeifer, Jur. Perf. S. 136. Mühlenbruch, Städel. Beerb. S. 266.

92) Anderer Meinung ist Mühlenbruch, Städel. Beerb. 230. 231 und in Glück 40. S. 59. Das Institut soll dann mit dem Tode des Testators, also der Unwiderruflichkeit des letzten Willens in's Leben treten. Diese Annahme ist aber willkürlich, weil der Beginn der Wirksamkeit der Staatsgenehmigung, sofern diese den Anhaltspunct für den Beginn der Existenz geben soll, nicht von einem ungewissen Ereigniß abhängen kann.

93) Puchta, Pand. § 448. Savigny II. 302. a. M. Mühlenbruch, Städel. Beerb. 181 und in Glück 40. S. 66 Note 10.

Gesetz den Stiftungen, sofern sie nicht piae causae sind, Erbfähigkeit zugesteht, so muß, ganz abgesehen von der Existenzfrage, die Möglichkeit der Errichtung von solchen Stiftungen durch Erbeinsetzung in Abrede gezogen werden.

Auch durch Erbvertrag kann eine Stiftung nicht rechtsbeständig errichtet werden, da der Vertragserbe zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags vertragsfähig sein[94]), also existiren muß[95]).

Durch Testament oder Erbvertrag kann zwar auch eine zu den piae causae gehörige Stiftung nicht als selbstständiges Rechtssubject errichtet werden, allein die auf besonderen gesetzlichen Bestimmungen beruhende Gültigkeit der Zuwendungen an piae causae bewirkt, daß die Disposition aufrecht erhalten und wenn auch indirect durch die gesetzlich bestimmten Vertreter zur Ausführung gebracht wird[96]). Die Intestaterben haben kein Interesse, sie anzugreifen, da sie jedenfalls als letztwillige Zuwendung an die Armen Gültigkeit hat, und man läßt daher solche Stiftungen öfter bei dem Mangel eines Widerspruchs von Seite der Interessenten, auf Grund der Errichtung in dem letzten Willen in's Leben treten. Daraus läßt sich aber keine auf alle Stiftungen anwendbare Rechtsregel entnehmen.

Gegen die hier behauptete Anerkennung der Erbfähigkeit der Corporationen durch die Praxis Pfeifer, Jur. Pers. S. 111.

94) Beseler, Erbverträge II. 1. 256.

95) A. M. Pfeifer, Jur. Pers. S. 135 und 137.

96) Mühlenbruch in Glück 39. S. 451. 40. S. 47 und 106. Pfeifer, Jur. Pers. S. 136.

IV. Voraussetzungen.

Da die Stiftung kein Organ hat, dessen Wille als Wille der juristischen Person fingirt werden kann, so muß die Disposition auf alle Puncte sich erstrecken, welche das selbstständige Bestehen einer juristischen Person bedingen. Zwar bringt es der Begriff der Stiftung nicht mit sich, daß sie immerwährend sei, sie kann auf bestimmte Zeit oder mit Beschränkung der Dauer bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses errichtet werden[97]), allein sie muß wenigstens für diese Zeit eine selbstständige Existenz haben, und deßhalb muß das Substrat von Dauer sein. Da der Zweck der Stiftung auf Erhaltung der bona zur Erreichung eines Zwecks vermittelst derselben geht, so müssen diese einen Gebrauchswerth haben, entweder durch Verwendung der Früchte oder unmittelbaren Gebrauch. Die Disposition muß ferner umfassen Bestimmung des Wohnsitzes[98]) und der Curatel, die zugleich Vertretung und Verwaltung ist. In letzterer Hinsicht kann sich die Verfügung auf allgemeine Bestimmungen beschränken, indem die Regelung der laufenden Verwaltung nach dem Willen des Stifters der Curatel überlassen sein kann.

V. Rechte.

In der Auffassung der Stiftungen als einer besonderen Art der juristischen Personen liegt an sich eine Beschränkung

---

97) Pfeifer, Jur. Pers. S. 134.

98) Ich halte die Bestimmung desselben für wesentlich, weil die Stiftung kein Organ hat, welches eine Verfügung in dieser Beziehung rechtsgültig treffen könnte.

ihrer Rechtsfähigkeit auf die Vermögensverhältnisse. Indessen kommt ihnen nicht Vermögensfähigkeit in demselben Umfang wie anderen juristischen Personen zu, vielmehr zeigt sich diesen gegenüber eine doppelte Beschränkung, indem sie nicht die Fähigkeit haben, überhaupt Vermögen zu erwerben, sondern nur, zu dem vorhandenen Vermögen zu erwerben, und indem alles Vermögen, das sie erwerben, von selbst von dem ihnen zu Grund liegenden Zweck ergriffen wird, indem sie also nur Vermögensfähigkeit zu dem bestimmten Zweck haben.

Diese Merkmale charakterisiren die Stiftungen als juristische Personen eigner Art. Staat, Kirche und Corporationen haben zwar die Fähigkeit, Vermögen zu erwerben, aber nicht einmal ihre Eigenschaft als juristische Personen, viel weniger ihre anderweitige außerhalb des Privatrechts liegende Existenz ist von dem Vorhandensein von Vermögen abhängig. Stiftungen dagegen können überhaupt nur existiren, insofern sie Vermögen haben. Dadurch ist bei Stiftungen in der Art eine Verbindung zwischen Substrat und juristischer Persönlichkeit hergestellt, daß beide sich gegenseitig bedingen. Die Beschränkung der Vermögensfähigkeit der Stiftung auf den bestimmten Zweck findet ihre Begründung darin, daß der von dem Stifter festgesetzte als ihr dauernder und unveränderlicher Wille fingirt wird. Bei anderen juristischen Personen wird vorausgesetzt, daß sich in jedem Augenblick ein Wille äußern könne, der als Wille der juristischen Person fingirt wird; die Stiftung dagegen ist noch in ganz anderer Weise willenlos als andere juristische Personen; sie hat keine Repräsentanten, deren Wille als Wille der juristischen Person fingirt wird, als ihr Wille gelten die vom Stifter beliebten Festsetzungen. Weder die Curatoren, noch der Staat, noch beide vereinigt haben die

Befugniß, an diesen eine Veränderung zu treffen oder sie zu ergänzen. Die Möglichkeit einer Abweichung von dem ausgesprochenen Willen des Stifters müßte von ihm besonders festgesetzt, also gewollt sein. Dieß ist der Grund der Unabänderlichkeit der Stiftungen, welche sich auf alle Festsetzungen, also auch auf die auf Verwendung des Vermögens bezüglichen Dispositionen erstreckt, während eine Disposition der letzteren Art bei anderen juristischen Personen von der verfassungsmäßigen Willensbestimmung der primären Repräsentanten abhängt.

Die Vermögensfähigkeit der Stiftungen äußert sich in der Befugniß zur Verwaltung des Vermögens und der Erwerbsfähigkeit. Die erstere ergiebt sich aus der Selbstständigkeit des Vermögens, die letztere aus der demselben innewohnenden juristischen Persönlichkeit. Bei piae causae beruht sie auf besonderen gesetzlichen Bestimmungen, andere Stiftungen stehen hinsichtlich der Erwerbsfähigkeit den Corporationen gleich.

VI. Verwaltung.

Die Bestellung der Verwaltung oder Vertretung, deren Vorhandensein sich schon aus dem Begriff der juristischen Person als nothwendig ergiebt, beruht auf der Festsetzung des Stifters, welche ebensowohl die Regelung der Norm, nach welcher die Bestellung erfolgen soll, als die Vorsorge umfassen muß, daß die aus physischen Personen bestehende Vertretung immer ergänzt werden könne. Ist diese Ergänzung nach den Bestimmungen des Stifters nicht möglich, so steht bei piae causae der Kirche oder den an ihre Stelle getretenen Behörden die Befugniß zu, die Vertretung zu bestellen [99]). Für andere Stiftungen räumt man ein sol-

99) Analog den Bestimmungen der Nov. 131. c. 11.

ches Recht dem Staat als Obervormundschaftsbehörde ein [100]). Eines solchen Einschreitens bedarf es jedoch nicht, wenn die vom Stifter ernannte Curatel den Auftrag nicht annimmt; denn der in den Stiftungsbriefen öfter vorkommende Vorbehalt der Ernennung der ersten Curatoren durch den Stifter geht nicht auf Ernennung bestimmter Curatoren, sondern der ersten Curatel, lehnen daher die zuerst ernannten Curatoren ab, so steht dem Stifter die Befugniß zu, andere zu ernennen [101]).

Die Verwaltung der Stiftung ist nur zur laufenden Verwaltung befugt; dagegen hat sie nicht das Recht, Festsetzungen des Stifters abzuändern oder zu ergänzen. Auch der Staatsgewalt steht eine solche Befugniß nicht zu, denn die Staatsgenehmigung erstreckt sich auf den ganzen Umfang der Disposition des Stifters, und hat die Natur eines Privilegiums, das, soweit es rechtlich besteht, in Einzelheiten nicht zurückgenommen werden kann. Insofern daher der Stifter nicht selbst die Möglichkeit einer Abänderung vorgesehen hat, ist diese rechtlich nicht zulässig.

Die laufende Verwaltung hat einen doppelten Wirkungskreis. Sie ist Vermögensverwaltung, die Curatel also zur Vornahme aller Handlungen befugt, welche zur Conservirung und Vermehrung der Universitas bonorum dienlich sind. Es ist denkbar, daß der Stifter die Erhaltung gewisser bona als species befiehlt; in der Regel bildet aber nur der Werth der Universitas bonorum die Grundlage, und es ist daher die Verwaltung zu Veränderungen in der Substanz berechtigt, welche das Werthverhältniß nicht zum Nachtheil der Stiftung ver-

100) Pfeifer, Jur. Perf. S. 148.
101) A. M. Pfeifer, Jur. Perf. S. 149.

ändern. In diesen Gränzen ist sie zu allen Rechtsgeschäften befugt, zugleich activ und passiv zur Vertretung legitimirt. Neben der Vermögensverwaltung hat die Curatel die Aufgabe, den Zweck der Stiftung auszuführen. Diese Ausführung kann sich nach der Disposition des Stifters richten, welche jedoch nur hinsichtlich der Zweckbestimmung erforderlich ist, indem, wenn keine näheren Festsetzungen vorliegen, die Art und Weise der Ausführung stillschweigend der jedesmaligen Curatel überlassen scheint. Die Stiftungen unterliegen, soweit nicht der Stifter mit Staatsgenehmigung anders bestimmt, der öffentlichen Aufsicht. Diese ist eine doppelte: als Vermögenscuratel steht die Verwaltung unter der Obervormundschaftsbehörde; hinsichtlich ihrer administrativen Thätigkeit ist sie den einschlagenden allgemeinen Verordnungen und der Aufsicht der sie handhabenden Behörden unterworfen. Soweit der Zweck der Stiftung nicht ein öffentliches Interesse berührt [102]), wird sich diese Aufsicht nicht weiter erstrecken als bei jedem Privatmann [103]). Ein weiterer Unterschied ist zwischen öffentlichen und Privatstiftungen nicht zu machen.

Ein Rechtstitel auf Theilnahme an den Vortheilen einer Stiftung steht denjenigen, zu deren Gunsten die Disposition getroffen ist, nur zu, insofern sie in derselben individuell als berechtigt bezeichnet sind [104]). Wird dagegen individuell be-

---

102) Eine als Schule bestehende Stiftung z. B., mag sie eine pia causa sein oder nicht, ist den für das Schulwesen erlassenen Verordnungen und der Leitung der Schulbehörden unterworfen.

103) Eine Stiftung, welche den Zweck hat, eine Bibliothek der öffentlichen Benutzung zuzuwenden, wird keiner anderen Beaufsichtigung unterliegen, als jede Leihbibliothek.

104) Der individuellen Bezeichnung ist es wohl gleich zu achten, wenn alle gegenwärtigen und künftigen Mitglieder einer bestimmten

zeichneten Personen nur ein Vorzug eingeräumt, insofern bei ihnen die sonstigen in der Disposition enthaltenen Voraussetzungen zutreffen, so wird dadurch ebenso wenig ein Rechtstitel auf Genuß der Stiftung geschaffen, wie durch das Vorhandensein allgemeiner Merkmale, welche nach dem Willen des Stifters zu besonderer Berücksichtigung Veranlassung geben sollen[105]). Solche Bestimmungen erscheinen nur als Vorschriften, welche der Stifter der Verwaltung zur Regelung des Geschäftsbetriebs gegeben hat.

VII. Beendigung.

Der oben aufgestellte Satz, daß die Stiftung ihre Existenz nur im Gebiete des Privatrechts habe, giebt die leitenden Grundsätze für die Entscheidung der Frage, unter welchen Umständen eine rechtsgültig entstandene Stiftung aufhöre. Bei anderen juristischen Personen kann eine Entziehung der juristischen Persönlichkeit, bei Corporationen überdieß die Auflösung des Personenvereins durch den Staat auf Antrag desselben oder einseitig die Beendigung herbeiführen. Beides ist bei Stiftungen nicht anwendbar, da das Substrat in Folge eines Privilegiums, welches nicht willkürlich zurückgezogen werden kann, geschützt ist, eine Aufhebung der Stiftung durch einen Act der Staatsgewalt dem-

Familie als durch diese Eigenschaft berechtigt bezeichnet werden. Als Familienstiftung erscheint eine solche Disposition nur dann, wenn die Stiftung ausschließlich den Gliedern einer bestimmten Familie zu gut kommen soll, nicht aber, wenn die Vortheile der Stiftung auch Anderen als den individuell Bezeichneten zukommen sollen.

105) z. B. der den Armen einer gewissen Stadt vor auswärtigen eingeräumte Vorzug.

nach als Eingriff in das Privateigenthum erscheinen würde. Es bleiben daher nur folgende Fälle der Beendigung:

1) Die in der Disposition selbst liegende Beendigung, wenn die erstere nur auf eine bestimmte Zeit getroffen oder ihre Dauer an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses gebunden ist.
2) Hinwegfallen des Substrats. Dieß ergiebt sich schon aus dem oben entwickelten Satz, daß der Stiftung die Fiction eines dem Güterinbegriff innewohnenden Rechtssubjects zu Grund liege. Der Untergang muß übrigens total sein; bloßer Ueberschuldung wird diese Wirkung nicht beigelegt werden können, weil die Fiction auf den Activis ruhen kann.
3) Unmöglichkeit der Zweckerfüllung. Die Disposition muß nicht nur die Selbstständigkeit des Vermögens sichern, sondern auch über die Verwendung der Mittel bestimmen, da das Vermögen nicht seine Bestimmung in dem bloßen selbstständigen Bestehen haben kann. Das Bestehen der Stiftung ist also von der Möglichkeit der Zweckerfüllung bedingt. Die Erreichung des Zwecks muß aber positiv unmöglich, nicht bloß durch äußere Umstände zeitweilig gehindert sein, wenn die Aufhebung erfolgen soll. Hier läßt sich ein Verbot von Seite des Staats denken; gleiche Wirkung hat das Hinwegfallen der factischen Voraussetzungen der Zweckbestimmung [106]).

In dem sub 1 und 3 erwähnten Fall erscheint das Vermögen der aufgehobenen Stiftung als bonum vacans,

---

106) Die Aufhebung, nicht die bloße Verlegung einer Universität bewirkt die Aufhebung der für die Studirenden derselben bestimmten Stiftungen.

sofern nicht der Stifter, wozu er befugt ist, für einen solchen Fall anderweitig disponirt, also ein anderes Rechtssubject substituirt hat. Eine solche Substitution kann sich aber nur auf das zur Zeit derselben vorhandene, nicht auf das später erworbene Vermögen beziehen.

V.

Ueber den Schutz des relativ=bessern Rechts nach römischen Grundsätzen.

Von

Prof. **Wilhelm Deurer** in Gießen.

§. 1.

Bei der Charakterisirung der Rechte nach ihren Bestandtheilen lassen sich im Allgemeinen (abgesehen vom positiven Rechte) zwei Classen unterscheiden. Die Einen haben feststehende, ein für allemal bestimmte Elemente, aus deren Summe sie hervorgehen, die also nothwendig vorhanden sein müssen, damit das Recht gebildet werde; wir können sie absolute Rechte nennen. Als Repräsentanten derselben denke man sich das dominium ex iure Quiritium des alt=römischen Rechts. Es entsteht nur, wenn der Erwerber civis romanus, die Sache selbst dieses Eigenthums fähig, und die Erwerbungsart eine taugliche ist; fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist jenes dominium nicht begründet. Wir können die Elemente desselben in eine für alle

Fälle völlig gleiche Formel bringen; es ist also $x = a + b + c$. Ueberall, wo diese drei Elemente combinirt sind, tritt ewig gleich dieselbe Wirkung hervor, mag dem dominus gegenüberstehen, wer da wolle.

Im Gegensatze davon lassen sich Rechte denken, die aus solchen bestimmten Elementen nicht bestehen, die vielmehr in verschiedenen Fällen verschiedene Voraussetzungen, aber doch immer denselben Effect haben; deren einzelne Elemente sehr verschiedenartig combinirt werden, oder auch selbst vereinzelt stehen können, und doch immer dieselbe rechtliche Wirkung hervorbringen. Denken wir uns also, daß denselben Effect, den wir im obigen Beispiele mit $a + b + c$ bezeichneten, in einem Falle $a + b$, in einem andern $a + c$, in einem dritten $b + c$, in einem vierten a allein u. s. w. hervorbringen. Ein Effect, den das dominium ex i. Q. erzeugt, ist der, daß der dominus die Sache von jedem Besitzer vindiciren kann. Im einzelnen Fall kann man nun (nach dem spätern römischen Rechte) denselben Effect, daß nämlich der Besitzer die Sache herausgeben muß, auch mit der actio Publiciana, mit den interdicta recuperandae und retinendae possessionis erreichen. Mit der rei vindicatio erreicht der dominus e. i. Q. immer jenen Effect. Damit der Berechtigte ihn aber in dem einen Falle mit der actio Publiciana, in dem andern mit den interdicta erreiche, müssen nicht blos in der Person desselben die nöthigen Vorbedingungen existiren, sondern auch in der Person des Gegners. Daß ich eine Sache iusta ex causa und bona fide erworben, oder daß ich sie als juristischer Besitzer inne habe: — Dieß giebt mir noch kein bestimmtes Recht an und für sich; nur diesem oder jenem Gegner gegenüber habe ich nun ein Recht. Nennen wir also ein solches Recht, dessen Effect nicht von vornherein schon aus

seinen Elementen als unabänderlich gleicher in allen Fällen erkannt werden kann, sondern der sich nur richtet nach der Berechtigung des Widerstandes des Gegners, im Gegensatze des absoluten, das relative und zwar das relativ-bessere Recht.

Das relativ-bessere Recht ist ein in seinen Elementen unbestimmtes, in seiner Wirkung bestimmtes Recht. Es ist das Recht, welches hinreicht, den ihm entgegengesetzten rechtlichen Widerstand zu besiegen. Es verlangt daher zu seinen Bestandtheilen in jedem einzelnen Falle nur irgend ein plus über die Berechtigung des Gegners hinaus. Mit diesem plus operirt es dann ebenso wirksam, als das absolute Recht.

Ob nun im römischen Rechte dem relativ-bessern Rechte in dem angegebenen Sinne Raum gegönnt worden, und wie weit sich dieser erstreckt: Dieß soll den Gegenstand der folgenden Untersuchung bilden.

Jedem, der diese Zeilen liest, werden noch da und dort Anwendungen einfallen, die sich auf den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt zurückführen lassen; es galt mir nicht darum, Alles zu erschöpfen, was sich dahin ziehen lasse, sondern zunächst die Frage selbst nur zu bezeichnen und wo möglich äußerlich abzugränzen. Ich bin überzeugt, daß ich im germanischen Rechte eine Menge von Anwendungen des Schutzes des relativ-bessern Rechts gefunden haben würde, hätte ich mir zutrauen dürfen, richtig suchen und das Gefundene richtig bestimmen zu können. Vielleicht wird ein Kundigerer sich durch diese Blätter veranlaßt finden, das in dieser Beziehung Versäumte nachzuholen.

Das römische Recht hat das relativ-bessere Recht als solches nirgends anerkannt; aber einzelne Folgerungen aus

demselben, und zwar nicht wenige, lassen sich nachweisen; Folgerungen, die man gewöhnlich nicht als solche erkannte und daher auf ganz andere Grundsätze zurückzuführen sich bemühte.

§. 2.

Zunächst zeigt sich eine solche Anwendung des Schutzes des relativ-bessern Rechts in der Publiciana in rem actio. Die Eigenthumsklagen setzen voraus, daß der Kläger behaupte, Eigenthümer zu sein, d. h. ein absolutes Recht an der Sache zu haben. Ohne diese Behauptung ist eine Eigenthumsklage von vornherein unzulässig, und sie wird abgewiesen, wenn es dem Kläger nicht gelingt, diese Behauptung zu erweisen. Wie sich dazu der Beklagte verhalte, ob er ein Recht an der Sache habe, oder nicht, ja ob er nur eines behaupte oder nicht, ist dann völlig gleichgültig; er braucht dem Kläger nur zu weichen, wenn dieser sein behauptetes absolutes Recht nachweist. So sagt Ulpianus in L. 5. pr. i. f. Si ususfr. pet. VII, 6:

„Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant."

Der Beklagte maßt sich an einer Sache, die der Kläger für die seinige ausgiebt, den Usus fructus an; der Kläger tritt nun mit der rei vindicatio oder actio negatoria gegen ihn auf, und er wird, wenn er nicht Eigenthum beweist (das er behauptet hat), abgewiesen, ohne daß das Recht des Beklagten an der Sache dabei in Betracht gezogen wird. Auch wenn der Beklagte nicht das geringste

Recht an derselben hatte, muß der Kläger abgewiesen werden [1]).

Zwischen dem absoluten Recht und dem Nicht-Recht giebt es keine Abstufungen. Wer also ein absolutes Recht an einer Sache zu erweisen hat, ist sachfällig, mag er nun gar nichts oder mag er beweisen, daß er die Sache schon so und so viele Tage iusta ex causa und bona fide besessen habe; — es ist dieß immer im absoluten Sinne nur ein Nicht-Recht.

Daß dieß im einzelnen Fall sehr unbillig erscheinen mußte, läßt sich denken [2]). Aber die Billigkeit konnte nicht in Betracht kommen, so lange es sich nur um die Frage handelte, ob ein absolutes Recht existire oder nicht. — Jenes Billigkeitsgefühl veranlaßte den Prätor Publicius, in einem gewissen Falle dem Nicht-Rechte einen Schutz zu gewähren [3]); zwar nicht dem Nicht-Rechte überhaupt, aber doch demjenigen, das ein gewisses Minimum von Voraussetzungen in sich vereinigte. Wenn nämlich der Kläger sich wenigstens darauf berufen kann, daß ihm, der in bona fide, die Sache aus einem in abstracto Eigenthumsübertragung bezweckenden Ereignisse (ex iusta causa) tradirt worden sei: so soll er eben so geschützt werden, wie

---

1) Die richtige Erklärung der Stelle hat schon Jac. Gothofredus Anim. iur. civ. Cap. VII. (in Otto Thes. Tom. III. p. 282 sq.).

2) § 4. J. de act. (IV, 6): Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, ... necdum eius rei dominus factus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam; quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet.

3) § 4. J. cit.: Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Praetore actio e. q. f. r.

wenn er Eigenthümer sei[4]). Formell wurde dieß durch eine Fiction vermittelt, durch welche sich die neue Klage an die vorhandene civilis actio anschloß[5]), wie es ja auch bekanntlich in vielen andern Fällen der Weg war, den der Prätor zur Erweiterung und Fortbildung des Rechts einschlug. Anfänglich blieb die Publiciana auf den Fall beschränkt, daß die Sache dem Kläger tradirt worden war[6]); allmälig dehnte man sie aber auch auf andere Erwerbungsarten des Eigenthums aus, so daß schon zu Gaius Zeit der Satz feststund, daß die Publiciana überall zuläßig sei, wo man sich auf einen Erwerbsgrund berufen konnte, der in abstracto Eigenthum übertrug[7]). Die formelle Fassung der Klage (fingirte Eigenthumsklage) hat lange Zeit einen Einfluß auf die Tragweite derselben geübt. Ohne Zweifel nahm man ursprünglich an, daß in allen Fällen, in welchen die Usucapien ausgeschlossen, auch die Publiciana unanwendbar sei, weil sie ja eben auf der fingirten Usuca-

---

4) Ait Praetor: „Si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.“ L. 1. pr. de public. in rem act. (VI, 2).

5) Gai. IV, 36: Eiusdem generis est, quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam qnia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: „iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret“ et rel.

6) L. 1. § 2. de publ.

7) Gaius l. VII ad edict. provinc.: Quaecunque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. — L. 13. pr. eod.

pion beruhe; und umgekehrt mußte man aus der Möglichkeit des Usucapirens auch auf die Zulässigkeit der Publiciana schließen [8]). Aber man hielt doch nicht immer ängstlich an diesem Princip fest; wo es thunlich schien, und sich mit den Worten des Edicts vereinigen ließ, gab man wohl auch die eine oder andere specielle Voraussetzung zur Usucapio als gleichmäßige Voraussetzung der Publiciana auf [9]). Nur daran hielt man immer fest, daß diese Klage nicht jedem Besitzer als solchem, sondern nur demjenigen gegeben sein solle, welcher die Sache aus einem in abstracto Eigenthum übertragenden Ereignisse erhalten hatte, und zwar bona fide, der also iustus possessor war [10]). Ulpian charakterisirt daher die Publiciana ganz richtig [11]):

> Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

Treffen also die eben besprochenen Voraussetzungen (als Minimum) in der Person des Klägers zusammen, so soll er gegen Jeden, der nicht wenigstens ein gleiches Recht an der Sache hat, d. h. auch in Folge eines das Eigenthum in abstracto übertragenden Erwerbsgrundes die Sache erhalten hat, ebenso durchdringen, wie wenn er sich auf ein ab-

---

8) z. B. L. 7. § 2. 17. L. 9 § 5. L. 12. § 4 eod.

9) So sagt Gaius in L. 8: eod.: De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium. Ob zur usucapio pro emtore Zahlung des Kaufpreises erforderlich sei, ist bekanntlich bestritten; ich halte sie für nothwendig. Daß sie aber nicht zur Publiciana gefordert wurde, erklärt sich leicht daraus, daß diese ja nicht gegen den bisherigen Eigenthümer wirkt (wie die usucapio), sondern nur gegen den schlechter-berechtigten.

10) Vgl. z. B. L. 7. § 3. L. 13. § 1. eod.

11) L. 7. § 6. eod.

solutes Recht berufen könne [12]). Dem gleichen Rechte gegenüber kann er natürlich nicht mit seinem Anspruche durchdringen, weil hier die conditio possidentis die bessere ist [13]). Um so mehr wird derjenige, welcher sich auf das absolute Recht des Eigenthums berufen kann, ihm gegenüber obsiegen [14]). — Hierdurch charakterisirt sich demnach die Publiciana actio als eine Klage aus einem relativ-bessern Rechte an der Sache, das sich aber auf das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen stützen muß.

§. 3.

Eine weitere Anwendung des rechtlichen Schutzes eines relativ-bessern Rechts ist der Schutz des Besitzes, der theils durch die interdicta retinendae possessionis, theils durch die interdicta recuperandae possessionis gewährt wird. Die Voraussetzungen und die Anwendung dieser Rechtsmittel sind schon so häufig, und namentlich auch von unsern Meistern der Wissenschaft besprochen worden, daß ich mich wohl begnügen darf, hier nur auf das angegebene Merkmal aufmerksam zu machen. Der Besitzer ist der relativ-besser Berechtigte dem Nichtbesitzer gegenüber, nämlich abgesehen von allen andern Ansprüchen auf die Sache selbst. Denken wir uns Zwei, von denen Keinem ein Recht an der Sache zusteht, so werden wir Denjenigen, der factisch die Sache hat, schützen müssen gegen den Andern. Aber auch hier hat das römische Recht nicht jeden Besitz als relativ-besseres Recht angesehen, sondern nur den sogen. juristischen Besitz, d. h. denjenigen, der sich äußerlich

12) L. 7 § 8. eod.
13) L. 9. § 4. eod.
14) L. 16. eod.

als eine Herrschaft über die Sache kund giebt. Das bloße Detiniren als solches (im Gegensatze des rechtlichen Haben-Wollens) ist im römischen Rechte schutzlos. Und auch für den juristischen Besitz wurden im vorjustinianischen Rechte wenigstens bei beweglichen Sachen noch besondere Voraussetzungen erfordert, um jenen Schutz zu verdienen; denn nur Derjenige wurde geschützt, welcher maiore parte eius anni die Sache besessen hatte; er galt, wie Gaius[15]) es ausdrückt, als der potior. Diese Voraussetzung ist zwar im justinianischen Rechte verschwunden[16]), und sowohl bei beweglichen als auch bei unbeweglichen Sachen wird der gegenwärtige Besitzer schlechthin geschützt. Doch in Einer Beziehung spricht sich die relative Natur des Besitzschutzes noch aus. Es kommt zwar im Allgemeinen nicht darauf an, ob der Besitz eine iusta possessio sei; es genügt, daß er sich als juristischen Besitz charakterisirt; aber dem Gegner gegenüber darf die possessio nicht iniusta sein; hat der Besitzer dem Gegner vi clam precario den Besitz abgenommen, so ist er relativ schlechter; daher dieser Gegner nicht blos mit den interdicta recuperandae possessionis sich den Besitz wieder erwirbt, sondern sogar, obgleich der Andere im factischen Besitze ist, auch mit dem interdictum retinendae possessionis durchdringen muß. Denn Jener, von dem der gegenwärtige Besitzer den Besitz iniuste erworben hat, ist ihm gegenüber jedenfalls „superior interdicto“[17]).

---

15) Gai. IV, 150.

16) § 4. J. de interd. (IV, 15).

17) L. 3. pr. uti possid. (XLIII, 17).

§. 4.

Diese, die actio Publiciana und die possessorischen Interdicte, sind die Schutzmittel eines relativ=bessern Rechts an Sachen, freilich nicht jeden bessern Rechts, sondern nur dessen, das ein bestimmtes Minimum von Erfordernissen aufzuweisen vermag. Durch sie ist im ganzen Sachenrechte der Schutz des bessern Rechts vertreten. Die actio Publiciana ist bekanntlich auch auf die Servituten, Emphyteusis, Superficies und das Pfandrecht angewandt; und ebenso kennt das römische Recht schon eine Anwendung der Schutzmittel der corporis possessio auf die Ausübung gewisser Rechte. In der weitern Ausdehnung dieser Schutzmittel ist mit der Stagnation in der Ausbildung des römischen Rechts durch die Wissenschaft gleichfalls ein Stillstand eingetreten, der nicht etwa (wie man es sich manchmal gedacht hat) durch die Natur dieser Rechtsmittel geboten, sondern rein zufällig war. Die Praxis des Mittelalters hat hier in vielen Beziehungen nachgeholfen, wie Bruns in seinem gründlichen, für die practische Anwendung der römischen Besitzlehre so wichtigen Werke [18]) nachgewiesen hat.

Werfen wir einen Blick zurück auf die dem relativ=bessern Rechte im römischen Rechte gewordene Anerkennung, soweit es sich um das Innehaben einer Sache handelt: so finden wir keine geringe Zahl von Abstufungen dieses Rechts. Das Schicksal einer Sache kann darnach ein sehr veränderliches sein, und sie schnell aus der Hand des Einen in die besser berechtigte des Andern führen. Es sind nämlich folgende Fälle denkbar: 1) Die Sache ist in der Hand des A, der sie nur detinirt. 2) B nimmt ihm die Sache

18) Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübing. 1848.

ab als juristischer Besitzer. 3) C weist nach, daß B ihm gegenüber iniustus possessor sei. 4) D beruft sich dem C gegenüber darauf, daß er maiore parte anni besessen. 5) E siegt dem D gegenüber, indem er beweist, daß er die Sache iusta ex causa und bona fide erworben habe. 6) F beweist, daß ihm dieselbe Sache von demselben Auctor früher als dem E ex iusta causa tradirt worden sei. Endlich nimmt 7) der wahre Eigenthümer die Sache dem b. f. possessor mit der Rei Vindicatio ab.

§. 5.

Die ausschließliche Herrschaft des absoluten Rechts machte sich auch in der römischen Lehre von der hereditas geltend. Als heres konnte nur Derjenige anerkannt werden, der sich entweder auf ein civilrechtlich gültiges testamentum berufen, oder der nachweisen konnte, daß er entweder suus heres, oder, wenn ein solcher nicht vorhanden, proximus agnatus war oder, wenn auch Agnaten nicht existirten, zu den Gentiles gehörte. Das Recht der hereditas als ein absolutes sprach sich namentlich in dem Grundsatze aus: in legitimis hereditatibus successio non est. Denn darnach genügte es nicht, daß Jemand nachwies, daß er überhaupt zu den agnati des Verstorbenen gehöre; er mußte nothwendig darthun, daß er unter allen Agnaten der nächste sei; existirte ein Näherer, so konnte der Entferntere nicht heres sein. Ich glaube nicht, daß zu irgend einer Zeit dieser Charakter der hereditas (als eines absoluten Rechts) auch nur in einer einzelnen Beziehung verwischt worden sei. Der Grund dafür lag offenbar darin, daß dem practischen Bedürfnisse, das sich ohne Zweifel auch hier fühlbar machte, schon früh durch das prätorische Edict, durch die bonorum possessio, abgeholfen wurde. Wer als

heres mit der hereditatis petitio auftrat, mußte unterliegen, wenn er nicht beweisen konnte, daß er heres sei, ohne daß dabei in Betracht kam, ob der possessor hereditatis selbst ein Recht zur Erbfolge nachgewiesen hatte oder nicht; es galt bei der iuris vindicatio dasselbe Princip, wie bei der rei vindicatio.

Ganz anders nach prätorischem Rechte. Hier hing die Zulässigkeit der Verfolgung des in Anspruch genommenen Erbrechts nicht etwa davon ab, daß man dem Gegner bewies, daß kein näherer Erbe oder kein besser Berechtigter existire; es genügte, daß man nur ein besseres Recht zur Erbfolge hatte, als der Gegner selbst. Dieß war die große praktische Bedeutung des edictum successorium. Die vom Prätor ertheilte bonorum possessio war cum re, Jedem gegenüber, der nicht nach der Ordnung jenes Edicts demjenigen, der b. p. erhalten, vorgesetzt war, oder der, wenn er vorgesetzt war, doch die für die Ertheilung der bonorum possessio an ihn festgesetzte Frist versäumt hatte. So braucht der nähere Cognate dem entfernteren Cognaten gegenüber nicht zu beweisen, daß kein Testament existire, oder kein zu den liberi oder legitimi gehöriges Individuum, oder kein näherer Cognate vorhanden sei; er hat nur darzuthun, daß er die ihm gesetzte Frist für Nachsuchung der bonorum possessio beobachtet habe; — es ist zwar möglich, daß seine bonorum possessio, die heute dem A gegenüber cum re war, morgen dem B gegenüber sine re wird. Das ganze aus der bonorum possessio fließende Recht ist ursprünglich nur ein relativ-besseres.

Es ist nun bekannt, daß das Constitutionenrecht allmälig die hereditas mit den bei der bonorum possessio geltenden Grundsätzen imprägnirte; wir finden zwar nirgends

eine völlige Verschmelzung der beiden Systeme, aber es muß dieselbe doch allmälig eingetreten sein [19]). Vorbereitet war sie schon von den juristischen Classikern, namentlich was die hier besprochene Frage betrifft. Schon Gaius sagt uns, daß der bonorum possessor mit seiner hereditatis petitio, mit der h. p. possessoria, dasselbe erreiche, was der Civilerbe mit der h. p. civilis [20]). Unzweifelhaft aber wird der bonorum possessor mit dieser hereditatis petitio gegen Jeden durchdringen, dem gegenüber seine bonorum possessio cum re ist [21]). Er dringt also nur durch in Folge der Anerkennung eines relativ-bessern Rechts [22]).

§. 6.

Aus dem Grundsatze des Schutzes des relativ-bessern Rechtes muß auch wohl der Schutz des obligatorischen Rechts gegenüber dem dinglichen Rechtsanspruche erklärt werden. Das absolute oder relative dingliche Recht kann nicht geltend gemacht werden gegen denjenigen, welcher sich darauf berufen kann, daß zwischen ihm und dem dinglich Berechtigten ein obligatorisches Verhältniß existire, kraft dessen es ihm gestattet sei, die Sache des Andern zu haben oder zu benutzen. Unter

---

19) Puchta, Pand. § 451.

20) L. 2. de possessoria her. pet. (V, 5).

21) L. 1. C. quor. bon. (VIII, 2).

22) L. 3. C. eod. — Daß damit auch germanische Rechtsanschauung übereinstimmt, daß man Denjenigen, der sich zuerst überhaupt als Verwandten erwies, zugleich als den nächsten ansah und so lange schützte, als nicht ein näherer auftrat, habe ich aus H. Siegel, Das deutsche Erbrecht nach d. Rechtsquellen des Mittelalters (Hdlbg. 1853) ersehen.

zwei bestimmten Personen kommt das dingliche Recht mit seinen Folgen nicht mehr zur Sprache, wenn rücksichtlich der Sache unter ihnen ein obligatorisches Verhältniß begründet worden; ein Grundsatz, der im römischen Rechte durch die exceptio doli zur praktischen Geltung gelangte, welche in der Fassung der exceptio rei venditae et traditae (einer exceptio in factum concepta) so bekannt geworden ist.

§. 7.

In dem Bereiche des Obligationenrechts selbst kann von einer Anwendung des Princips des absoluten oder relativen Rechts, wie sich von selbst versteht, nicht die Rede sein; es handelt sich ja hier nur von dem Rechtsverhältnisse zweier Personen; die Vergleichung mit einem Dritten fehlt. Eine Anwendung desselben läßt sich hier nur denken, wenn mehrere Gläubiger von demselben Schuldner verschiedene Leistungen verlangen, der Schuldner aber factisch unfähig ist, Jeden vollständig zu befriedigen. Hier läßt sich etwa ein relativ-besseres Recht des Einen Gläubigers, gegenüber den andern Gläubigern denken, das ihn befugt, eine Befriedigung vor den andern Gläubigern zu fordern. Im Allgemeinen erkennt das römische Recht ein solches relativ-besseres Recht des einen Gläubigers vor dem andern nicht an; sie stehen sich sämmtlich nach dem ius commune vollkommen gleich; können sie also nicht alle vollständig befriedigt werden, so müssen sie nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen (pro rata debiti quantitate) Befriedigung suchen[23]); nur durch Privilegium kann dem Einen ein Vor-

23) L. 6. C. de bon. auct. iud. poss. (VII, 72).

zugsrecht vor dem Andern gewährt werden (privilegium exigendi).

Es ist dieß im Wesen der obligatio begründet. Rechtlich ist ja das Leistungsvermögen des Schuldners an den Einen Gläubiger dadurch nicht alterirt, daß er schon an einen Andern zu leisten verpflichtet ist; nur faktisch kann es dadurch afficirt werden. Eine relativ-bessere Berechtigung kann also hier nicht aus dem Forderungsrechte selbst abgeleitet werden. Die einzige mögliche Rücksicht, die hier eine Gradation der Rechte der einzelnen Gläubiger als denkbar erscheinen ließe, wäre doch nur die auf die Zeit der Entstehung des Forderungsrechts. Das römische Recht hat sie bei dem einfachen Forderungsrecht nicht genommen, wohl aber beim Pfandrechte. Bei der Hypotheca scheint es von Anfang an allgemeiner Grundsatz gewesen zu sein, daß der der Zeit nach ältere Pfandgläubiger dem spätern vorgehe; jener ist als prior auch der potior, dieser als posterior auch der inferior[24]). Es macht nicht etwa das Bestehen des einen Pfandrechts das Entstehen eines zweiten unmöglich, wie es unmöglich ist, daß derjenige, der an zwei verschiedene Käufer dieselbe Sache verkauft hat, durch Tradition Beide zu Eigenthümern mache[25]). Die mehreren Gläubiger, denen nach einander Pfandrechte bestellt worden, erhalten Alle Pfandrechte; aber unter ihnen tritt eine Rangordnung (ordo) für die Geltendmachung derselben ein. Der nachstehende Pfandgläubi-

---

24) . . . sicut prior es tempore, ita potior es iure. L. 4. C. qui pot. (VIII, 18).

25) Hier hat Der, dem zuerst vom dominus tradirt wurde, Eigenthum erlangt; derjenige, dem zuerst vom non dominus, ist relativ-besser berechtigt (potior). L. 9. § 4. de public. (VI, 2).

ger ist dem dritten Besitzer gegenüber immer zur hypothecaria actio befugt; dem vorgehenden Pfandgläubiger aber muß er weichen [26]). Das Verhältniß der verschiedenen Pfandgläubiger zu einander beruht also nur auf dem des relativ=bessern oder schlechtern Rechts.

§. 8.

Die Beachtung des Wesens und der Wirksamkeit des relativ=bessern Rechts hat ohne Zweifel eine wissenschaftliche Bedeutung. Wir werden den eigentlichen Charakter gewisser Rechtsinstitute, die dem Kreise desselben angehören, nur richtig beurtheilen, wenn wir jenen Ausgangspunct derselben vor Augen behalten. Wir werden uns daher z. B. hüten müssen, die Lehre von der Publiciana zu einer Lehre vom „fingirten" oder vom „prätorischen Eigenthum" umzumodeln; denn wir würden dadurch die blos formelle Seite (die Fassung der formula jener Klage) zur Hauptsache machen, und das eigentlich materielle Wesen derselben völlig ignoriren.

Es hat aber diese Betrachtung auch eine praktische Bedeutung, und zwar in doppelter Beziehung. Die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts wird einmal erleichtert durch das Erkennen der Gränzen, bis zu welchen dem relativ=bessern Rechte hier ein Spielraum gestattet ist. So wird z. B. die oft für zweifelhaft gehaltene Frage, welchen Beweis der Richter dem mit der intestati hereditatis petitio Auftretenden aufzuerlegen habe, nach dem Obigen ihre einfache Erledigung dahin finden, daß, wenn gegen

26) . . . Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. L. 12. pr. qui potior. (XX. 4).

einen Extraneus geklagt wird, der Beweis, daß der Kläger überhaupt ein Verwandter sei, genügen müsse, wenn aber gegen einen andern Verwandten geklagt wird, der weitere Beweis, daß Kläger näher verwandt sei, gefordert werde.

Endlich aber drängt sich von selbst die Frage auf, ob es legislatorisch rathsam sei, den Kreis, in welchem das römische Recht die Herrschaft des relativ-bessern Rechts anerkannt hat, zu erweitern oder nicht. So hat das römische Recht die Publiciana nur Demjenigen gegeben, der zur Zeit des Erwerbs der Sache in bona fide war; sollte aber einem Dritten, ganz Unberechtigten, gegenüber etwas darauf ankommen, ob der Käufer der Sache zur Zeit, als er sie kaufte, wußte, daß sie eine res aliena sei oder nicht? Bin ich, der ich die Sache gekauft habe, nicht schon deshalb, weil ich einen iustus titulus habe, besser berechtigt, als derjenige, der sich auf keinen Titel berufen kann, oder der gar ex iniusta causa in den Besitz der Sache gelangt ist? — Ich würde unbedenklich, wenn es sich um ein neues Gesetz handelte, diese letzte Frage bejahen, also eine Erweiterung des Schutzes des relativ-bessern Rechts in dieser Beziehung für nothwendig halten.

Ich bin der Meinung, daß sich im Allgemeinen das Princip rechtfertigen lasse, daß überall, wo überhaupt der Eine dem Andern gegenüber als der besser Berechtigte erscheint, er auch unbedingt geschützt werden müsse. Ein materielles Unrecht wird dem Unterliegenden nicht zugefügt; er ist ja gar nicht berechtigt oder doch relativ weniger als sein Gegner. Dem etwa absolut Berechtigten geschieht natürlich dadurch auch kein Eintrag, da es ihm unbenommen ist, gegen Jeden sein Recht geltend zu machen. Denke man sich nur folgenden einfachen Fall. A leiht auf einer Reise in

X von B ein Buch; in Y verliert er es, und C ist der Finder und jetzige Besitzer desselben. Nach unserm jetzt geltenden Rechte hat A kein Mittel, von C, wenn dieser die Herausgabe an ihn verweigert, diese zu erzwingen, wenigstens nicht aus seinem eigenen Rechte. Nehmen wir aber den obigen Grundsatz an, so wird A sich auf sein besseres Recht berufen können; denn er hat durch ein Rechtsgeschäft die Detention der Sache erlangt, während C durch das Finden gar kein Recht erwirbt, die Sache zu behalten.

Unsere neuern Gesetzgebungen sind (so viel ich weiß) ohne Ausnahme den Spuren des römischen Rechts gefolgt; sie haben bald in mehr bald in weniger Fällen das relativ-bessere Recht anerkannt, grundsätzlich hat aber keine den Schutz desselben als solchen ausgesprochen [27]). Freilich bedarf es dazu vorerst der Feststellung der Grundsätze, wornach das Rangverhältniß der verschiedenen Rechtszustände zu einander (vom Gesichtspunkte der legislativen Politik aus) zu bestimmen sein möchte. Auch dafür, glaube ich, liefert das römische Recht beachtenswerthe Anhaltpunkte, deren Nachweisung aber die Aufgabe dieser Abhandlung überschreiten würde.

---

27) Preuß. L.-R. Th. I. Tit. 14. — Oestreich. Gesb. § 372 — 374.

VI.

Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deutschem Rechte.

Von

Gerber.

Es ist bekannt, daß kein Gegenstand des Privatrechts in den deutschen Rechtsquellen so häufig berücksichtigt worden ist, als das Güterrecht der Ehegatten. Fast jedes, auch das unbedeutendste Statut bringt ein paar Bestimmungen über das eheliche Erbrecht und die Abtheilung des überlebenden Gatten mit den Kindern, wenn es auch in andern wichtigen Partieen des Privatrechts noch so lückenhaft und ungenügend sein sollte. Es ist auch ganz natürlich; denn nirgends war wohl ein dringenderes Bedürfniß nach positiver Festsetzung vorhanden, nirgends wurde der Mangel derselben schwerer als die Ursache täglicher Streitigkeiten und Collisionen empfunden. War die Ehe durch den Tod eines Gatten gelöst, so fragte es sich, wie stellen sich die Ansprüche des Ueberlebenden auf das Eingebrachte, das aber in langer Ehe verbraucht ist, dessen Werth nicht mehr festgestellt werden kann, und ferner, wie stellen sich dessen selbständige Vortheile aus dem Nachlaß des Verstorbenen zu den Erb-

ansprüchen der Kinder, oder der sonstigen Verwandten? Wäre es die Art der deutschen Rechtsquellen, die Entscheidung solcher Fragen in bewußter Anknüpfung an ein allgemeines Princip auszuführen, so würde es der späteren Zeit nicht schwer geworden sein, wenigstens den leitenden Gedanken überall zu erkennen und zu formuliren. Aber jenes ist eben in der Regel durchaus nicht der Fall; es ist eine häufig zu beobachtende Eigenthümlichkeit des statutarischen Rechts, daß es seine Festsetzungen nicht zu allgemeiner und umfassender Beherrschung eines Verhältnisses erhebt, sondern in einer gewissen, ich möchte sagen, natürlichen Sinnlichkeit sich der thatsächlichen Entwicklung der Dinge unterordnet. So finden wir nicht selten, daß die in langer Ehe erfolgte factische Vereinigung der ehelichen Güter bei der Trennung derselben auch als ein rechtliches Ergebniß aufgefaßt wird; indem nun der Anspruch des Ueberlebenden auf seinen darin enthaltenen Eigenthumsantheil (ebenso wie sein Erbrecht) als ein Recht an dieser Gesammtmasse formulirt wird, gewinnt er ganz den Anschein einer erst jetzt begründeten Forderung. Damit ist der Boden des strengen Rechts verlassen und das Gebiet einer Willkühr beschritten, die sich in einer kaum übersehbaren Menge der verschiedenartigsten Festsetzungen kund giebt.

Diese Festsetzungen haben außerdem noch das Eigenthümliche, daß sie sich meist nur auf die Anordnung des Schicksals des ehelichen Vermögens bei der Trennung der Ehe beziehen, wogegen verhältnißmäßig nur selten ein directer Ausspruch über das Güterverhältniß während bestehender Ehe vorkommt. Das Letztere überließ man dem freien Walten der in der Ehe verbundenen Personen; erst bei der Auflösung derselben, wenn nicht der Gatte dem Gatten, sondern Fremden gegenüber tritt, glaubte man vo-

sitive Bestimmungen zu bedürfen. Je willkührlicher diese nun häufig ausfielen, um so weniger ist es, wie jetzt allgemein anerkannt wird, überall zulässig, aus den statutarischen Grundsätzen über jenen Punkt durch bloße Schlußfolgerungen das Princip des ehelichen Güterrechts während der Dauer der Ehe zu gewinnen.

Allerdings hat sich dieß später geändert. Die Gesetzgebungen vom sechzehnten Jahrhundert an enthalten zum größten Theile auch Bestimmungen über das eheliche Güterrecht selbst. Unter dem Einflusse einer fruchtbaren Doctrin entstand eine Reihe von Principien darüber, welche mehr oder weniger praktischen Einfluß gewonnen haben. Nicht nur wurden neue Gesetze erlassen, in welchen das eine oder das andere System ausdrücklich sanctionirt ward, sondern auch die älteren weniger deutlichen Statuten suchte man in der Weise der neuern Lehre zu classificiren und zu ergänzen.

So hat es die Doctrin nach und nach zu einer gewissen Einheit des Rechts in dieser Lehre gebracht, aber doch nicht in der Weise, daß wie in andern Fällen ein Institut als das herrschende und entscheidende für ein bestimmtes Verhältniß angenommen werden konnte; sondern sie sah sich genöthigt, den Stoff in mehreren gleichberechtigten Gruppen zu entwickeln, in welchen die wichtigsten Gegensätze der statutarischen Festsetzungen ihre Anerkennung finden sollten. Es ist bekannt, daß die früheren Schriftsteller zwischen den Statuten der Gütergetrenntheit (modificirtes Dotalsystem) und denen der Gütergemeinschaft in ihren verschiedenen Formen, Arten und Unterarten unterschieden. Die letztere wurde als das eigentlich deutsche System bezeichnet, obschon die Praxis mehr und mehr den Beweis lieferte, daß eine Reihe sehr bedeutender Statuten dieser Classe zu dem-

selben gar nicht passe, und obschon die Wissenschaft unwiderleglich nachwies, daß es im mittelalterlichen Rechte keine Begründung finde, daß es vielmehr seine eigentliche Entwicklung erst durch eine falsch germanisirende Doctrin im Kampfe mit der romanisirenden Jurisprudenz erhalten habe. Es war daher an der Zeit, sich von jenem unrichtigen Schematismus der zwei Gegensätze, unter welche alle Rechte gezwängt werden sollten, loszusagen, und zu dem System zurückzukehren, welches ohne Zweifel allein das eigentlich deutsche ist, zu dem der Gütereinheit, wie ich es nennen zu sollen geglaubt habe.

Indessen kann nicht geläugnet werden, daß das zuletzt genannte System bis jetzt noch keine genügende Ausbildung erhalten hat. Früher ganz übersehen, oder den Spielarten der Gütergemeinschaft zugerechnet, wurde es später, als man seine selbständige Berechtigung erkannt hatte, vorerst doch mehr als ein bloß verneinendes Ergebniß betrachtet; es sollte damit geläugnet werden, daß ein bestimmtes Statut die eigentliche Gütergemeinschaft festsetze, indem es sich vielmehr um eine Vermögenseinigung geringeren Grades handle. Selbst durch die Beschaffenheit der Quellen wurde eine positive Construction in hohem Grade erschwert, da sie unter einander in der Bestimmung des Einzelnen sehr abweichen, ohne doch die Gränze des an und für sich biegsamen und die Möglichkeit vieler Varietäten einschließenden Begriffs der Gütereinheit zu verlassen. Unter diesen Umständen mag ein Versuch gerechtfertigt erscheinen, die positiven Elemente des Systems namentlich im Gegensatze zur allgemeinen und particulären Gütergemeinschaft umfassender zu entwickeln. Hierbei darf aber eine gewisse Freiheit der Behandlung Entschuldigung finden, da es nicht blos Aufgabe der Wissenschaft ist, das sich so vielfach widerstrebende statutarische

Material zu einer am Ende doch nur scheinbaren Einheit zusammenzusetzen, sondern auch die darin liegenden allgemeinen Grundgedanken einmal ungehemmt in ihren Consequenzen zu entwickeln, — eine zwar auf der Vergangenheit ruhende, aber doch mehr der Zukunft zugewandte Arbeit. —

Noch immer ist die früher oft gehörte Meinung nicht ganz verschwunden, daß die eheliche Gütergemeinschaft dasjenige Rechtsinstitut sei, in welchem die sittliche Idee der Ehe, wie sie im Bewußtsein des deutschen Volks lebe, recht eigentlich ihren Ausdruck finde. Es sei das Wesen der Ehe, die innigste Lebensgemeinschaft der Gatten zu begründen, welche alle menschlichen Beziehungen, die persönlichen wie sachlichen umfasse. Sowie der Gatte nach Abschluß der Ehe gewissermaßen aufhöre, eine Persönlichkeit für sich zu sein, so entspreche es auch dem Wesen der Ehe allein, wenn es in ihr kein Sondervermögen mehr gebe: was früher Mein war, ist nun ebenso sehr Dein, und was Dein war, ist nun ebenso sehr Mein.

Der Kern von Wahrheit, der in dieser Anschauung liegt, ist, wie man leicht erkennt, mit einer bedeutenden Zuthat irrthümlicher Vorstellungen verbunden [1]). Die vollendete Lebensgemeinschaft, welche das Wesen der Ehe, und wenn man so will, ganz vorzüglich der deutschen Ehe darstellt, ist eine sittlich-freie; sie vernichtet keineswegs die selbständige Persönlichkeit der Gatten, verwandelt sie nicht in „eine Person" [2]), sondern begründet nur eine unwandel-

1) Das Richtige hat schon Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Rechte. 1824. S. 14.

2) Dahin rechne ich auch die Gesetzgebungen, welche die Persönlichkeit der Frau in der des Mannes verschwinden lassen. So bei der römischen conventio in manum. So auch die bei Hasse S. 19

bare Einigung derselben im Wollen und Handeln. Eine unmittelbare Beziehung auf das Vermögen hat die Ehe

---

citirte merkwürdige Stelle aus dem Indischen Gesetzbuche: „Der Mann und seine Frau sind eine Person, der vollkommene Mann besteht aus sich selbst, seinem Weibe und seinem Sohne"

Eine Form dieser unrichtigen Auffassung ist nach meiner Ansicht auch die Theorie, welche den Mann zum alleinigen Eigenthümer des ehelichen Vermögens macht. Auch sie läßt die Persönlichkeit der Frau in der des Mannes aufgehen. Sowie sie früher von mehreren Schriftstellern für das Lübische Recht behauptet wurde, so soll sie jetzt auch für das Hamburger Recht gelten, wie Baumeister in seinem sonst trefflichen Hamburger Privatrecht (1856) II. S. 163 annimmt, ein Werk, das mir erst lange nach Abfassung obiger Abhandlung zukam und daher nur noch in dieser Anmerkung berücksichtigt werden kann. Nach meiner Ueberzeugung aber ist jene Theorie weder im deutschen Rechte überhaupt, noch auch im Hamburger Rechte begründet. Sie widerspricht dem Grundgedanken des deutschen Rechts, das dem Manne zwar wohl eine Vertretung der Frau gewährt, aber ihre Persönlichkeit nicht durch ihn ganz entziehen lassen will. Beim Hamburger Recht handelt es sich wie bei den meisten reicheren Statutarrechten um die Deutung einer Menge von einzelnen Bestimmungen, welche im Laufe der Zeit ohne das Bewußtsein einer regulirenden Gesammtidee und oft nur aus isolirter Betrachtung des Einzelnen stückweise hervorgebracht sind. Es ist schwer, daraus mit Sicherheit eine einfache juristische Summe zu ziehen. Aber viel natürlicher scheint es mir doch, zu sagen, diese Bestimmungen in ihrer Unregelmäßigkeit seien eine Ausartung und Verwilderung des im ursprünglichen Hamburger Rechte befindlichen altsächsischen Rechts, als sie plötzlich in den Rahmen einer Vorstellung zu fassen, der es an einem äußeren und inneren geschichtlichen Grunde gebricht, und die ich doch nur für eine sehr subjective halten kann. Sieht man aber hiervon ab und fragt einfach, ob die dogmatischen Bestimmungen des Hamburger Rechts besser zu dem System der Gütereinheit oder besser zu dem System des ehemännlichen Alleineigenthums passen, so wird man sagen müssen, daß jede dieser beiden Auffassungen bei ihrer Anwendung mit einzelnen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, sofern man sie in principieller Schroffheit mit unbeugsamen Consequenzen zur Geltung bringt; gleichzeitig aber wird man sich der Erwägung nicht verschließen können, daß der Anspruch principieller Schroffheit weit mehr jener Idee der ehemännlichen Al-

nicht; aber als ein den ganzen Menschen erfassendes Verhältniß bleibt sie nicht ohne allen Einfluß auf diese wichtige Seite des äußeren Lebens. Ihre Forderung in Bezug auf das Gebiet des Vermögens besteht aber offenbar nur darin, daß hier jene Einigung im Wollen und Handeln, welche im Wesen der Ehe überhaupt liegt, nicht unterbrochen werde. Aber auch hier ist diese keine mechanische, sondern eine sittliche, auf freier Unterwerfung unter das Gesetz der Liebe beruhende, d. h. in dem Gefühle des Gatten wird der eigennützige Gedanke des Sondervermögens keinen Raum finden, jeder wird sein Vermögen ohne Rückhalt als den Zwecken der Ehe dienstbar betrachten. Nun ist es doch offenbar, daß es nicht Aufgabe des Rechts sein kann, dieß Resultat in plumper Zudringlichkeit durch eine Zwangseinrichtung festzustellen, aus jenem edeln Gedanken die rohe Consequenz einer mechanischen Eigenthumstheilung bei der Ehe zu ziehen. Ich läugne nicht, mir hat das Institut der Gütergemeinschaft immer den Eindruck einer juristischen Petulanz gemacht, eines frivolen und zerstörenden Eingriffs in ein Verhältniß sittlicher Freiheit. Es liegt etwas Verletzendes und Beschämendes in einer Vorschrift, welche ankündigt:

---

leinherrschaft als der die Freiheit der Bewegung einschließenden und biegsamen Idee der Gütereinheit eigenthümlich ist, daß mithin jenes System weit weniger Widerstand vertragen kann als letzteres. Aber auch abgesehen hiervon stimme ich gar nicht mit Baumeister darin überein, daß das Verhältniß der Indicien des Hamburgischen Rechts für das eine oder das andere System dem Alleineigenthum des Mannes günstig sei, und ich kann die Einwendungen, welche er sich S. 163 selbst machen muß, für nichts weniger als beseitigt halten mit der Bemerkung, daß es sich hier um „Singularitäten" handle. Ich möchte schließlich nur noch die Frage aufwerfen: wie ist wohl überhaupt von einer Erbschaft der Frau zu reden, der die Ehe die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit entzogen hat?

sobald du heirathest, verlierst du die Hälfte deines Vermögens, gewinnst aber die Hälfte des Vermögens deines Gatten. Allerdings wird dieser Eindruck gemindert, wenn man als das Wesen der Gütergemeinschaft nicht ein Communionsverhältniß zu ideellen Theilen, sondern das s. g. Gesammteigenthum annimmt, das jeden Gatten zum Eigenthümer des ganzen Vermögens macht. Ich brauche aber nicht zu wiederholen, daß dieser Begriff juristisch unmöglich ist, und möchte hier nur die Bemerkung anknüpfen, daß diese wissenschaftliche Unmöglichkeit des Gesammteigenthums auf den irrthümlichen Glauben zurückzuführen ist, für jene Forderung des sittlichen Lebens eine privatrechtliche Formel gewinnen zu können. Dasselbe gilt von dem Versuche, die Gütergemeinschaft in der Fiction der Ehe als einer juristischen Person zu retten.

Sowie nun die Gütergemeinschaft, d. h. eine durch die Ehe bewirkte Eigenthumsveränderung, nach dem Angeführten nicht als eine Forderung des Wesens der Ehe, sowie sie ferner anerkanntermaßen nicht als das eigentlich deutsche Institut betrachtet werden kann, so empfiehlt sie sich andrerseits auch nicht durch einen etwaigen praktischen Werth.

In dieser Hinsicht hat man wohl als einen Vorzug derselben die „Einfachheit" gerühmt, mit welcher die Vermögensverhältnisse der Ehegatten geordnet würden. Man kann dieß bis auf einen gewissen Grad zugeben; es ist einfach, wenn das Gesetz sagt: jeder Gatte hat zu jeder Zeit von dem ganzen vorhandenen ehelichen Vermögen, mag es wachsen oder schwinden, die Hälfte. Allerdings ist bevormundende Willkühr des Gesetzes in der Regel „einfach," aber sie ist zugleich eine Verletzung der Persönlichkeit und dieser Nachtheil möchte schwerlich durch jenen Vorzug ausgeglichen werden. Man hat auch wohl angeführt, daß in gewerbreichen Städten die Gütergemeinschaft wünschenswerth

sei, weil es den Credit des Handelsmannes vermehre, wenn man wisse, daß auch das Vermögen der Frau den Gläubigern unbedingt verhaftet sei; allein auch diese Empfehlung des Instituts möchte sich kaum bewähren. Entweder wird die Frau ohnedem kraft freien Entschlusses ihr Vermögen dem Manne für seine gewerblichen Zwecke zur freien Verfügung stellen, — dann bedarf es keiner Zwangsvorschrift, oder sie wird dieß nicht wollen, dann ist ein Gesetz ungerecht, das sie willenlos macht und die Ehe zum merkantilischen Speculationsmittel herabwürdigt. Legt man überhaupt den Maaßstab der Zweckmäßigkeit in Rücksicht auf die Verschiedenheit menschlicher Lebensverhältnisse an, so wird man bald finden, daß das Gebiet nur sehr klein ist, auf dem die praktische Wirksamkeit der Gütergemeinschaft nicht geradezu verletzend ist; abgesehen davon, daß sie für die Fälle nicht paßt, wo das Vermögen eines Gatten in geschlossenen Stamm- Lehen- oder Bauergütern besteht, wird sie ungerecht, wenn nur ein Ehegatte reich oder erwerbfähig ist, indem sie in Fällen der Ehescheidung oder der Auflösung der Ehe durch den Tod einen Theil der Güter, die der überlebende reiche oder erwerbfähige Gatte als sein Vermögen in die Ehe brachte oder während derselben erwarb, ohne allen Grund ihm entzieht und dritten Personen zuwendet.

Ich wende mich zu der s. g. particulären Gütergemeinschaft. Dabei übergehe ich die s. g. Mobiliargemeinschaft, ein System, welches denselben Bedenken als die allgemeine Gütergemeinschaft unterliegt; denn wenn es auch das mechanische Princip der Eigenthumsvertheilung auf eine gewisse Classe von Gütern beschränkt, so ist doch diese Beschränkung nach der heutigen Bedeutung des Grundeigenthums im allgemeinen Vermögensrechte willkührlich und

ohne innere Berechtigung. Bei Weitem wichtiger ist für uns die **Errungenschaftsgemeinschaft**[3]).

Es hat mich nicht überrascht, wenn ich von der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft rühmen hörte, daß sie alle Interessen befriedige, welche in der Ehe in Rücksicht auf das Vermögen hervortreten. Hier ist nicht jene unmotivirte Vermischung des Vermögens; jeder Gatte behält das Seinige auch in der Ehe, und es wird dafür gesorgt, daß es erhalten bleibe. Denn wenn auch der Mann das Einbringen der Frau in einer mit ausgedehnten Rechten ausgestatteten Verwaltung hat, so ist doch durch ein Beibringensinventar genügend vorgesehen, daß man bei Auflösung einer auch noch so langen Ehe des ursprünglichen Bestandes gewiß sei, und danach den Antheil derselben wenigstens in der Form von Ersatzansprüchen festzustellen vermöge. Zugleich besteht aber der Grundsatz, daß die beiderseitigen Güter der Ehe und ihren materiellen Interessen in derselben Weise dienen sollen, wie die Personen den sittlichen Aufgaben; daher wird eine Gemeinschaft der **Früchte** des Vermögens und Dessen angenommen, was die Gatten in der Ehe durch ihre Arbeit errungen haben. Dieses Vermögen erscheint als die materielle Unterlage der ehelichen Gemeinschaft; aus ihm wird aller Aufwand desjenigen Verhältnisses bestritten, in welchem sich die Gatten als Einheit fühlen, während die beigebrachten Güter die individuelle Selbständigkeit derselben repräsentiren, die ja durch die Ehe nicht vernichtet wird. Es wird die Aehnlichkeit der Erwerbsgesellschaft herbeigezogen, bei welcher die Gemeinschaftsinteressen den Sonderinteressen, und dem entsprechend, das Gemeinschaftsvermögen dem Son-

3) Hierbei schwebt mir namentlich die in Würtemberg geltende Errungenschaftsgemeinschaft vor, als die am consequentesten ausgebildete.

dervermögen gegenüber steht. Dieser Analogie wird ferner der Einfluß gegeben, daß auch die Ehegatten mit völlig gleichen Gemeinschaftsrechten wie die Gemeiner bei andern Gesellschaften ausgestattet werden. So gestalten sich drei Massen: das Sondergut des Mannes, das Sondergut der Frau, sodann das gemeine Gut, von welchem jedem der Gatten die Hälfte gehört. Diese drei Massen stehen in einem gegenseitigen Abrechnungsverhältniß; denn sowie die Gesetzgebung genau festzustellen weiß, was als Gemeinschafts- und was als Sonderinteresse zu gelten habe, so bestimmt sie auch in ausführlicher Weise, was als Socialschuld oder Socialforderung zu betrachten sei und was allein zum Sondergut gehöre. So gewinnt man in jedem Augenblicke einen sicheren Ueberblick über den ganzen Vermögensstand, und zugleich ist ein festes Princip gegeben, nach welchem bei der Auflösung der Ehe die Theilung in der gerechtesten Weise erfolgen könne.

Ich will gern einräumen, daß die Grundgedanken, von denen das System ausgeht, im Ganzen richtig sind; aber sie sind, man möge mir den Ausdruck gestatten, zur Carricatur verbildet. Welch ein schiefer, um nicht zu sagen unwürdiger Gedanke ist es, die eheliche Lebensgemeinschaft als eine *Erwerbsgesellschaft* darzustellen! Ist es denn überhaupt zulässig, für die sittliche Einheit der Ehegatten eine privatrechtliche Formel zu verlangen? Und wenn dieß der Fall wäre, würde man die societas quaestuaria wirklich als die wahre und entsprechende ansehen dürfen? Gewiß nicht! Es ist das ein Rest jener rohen Jurisprudenz des sechzehnten bis achtzehnten Jahrhunderts, welche vor dem inneren Wesen der Dinge stehen blieb, nur die äußeren Erscheinungen auffaßte und sie nach gangbaren Kategorieen des römischen Rechts in abgeschmackter Weise formulirte.

Ich wiederhole hier, was ich schon früher, obwohl nicht ohne Widerspruch[4]) geltend gemacht habe: diese Errungenschaftsgemeinschaft gehört gar nicht dem reinen deutschen Rechte an, sondern jener späteren Doctorenjurisprudenz, welche uns

4) Man sollte doch endlich aufhören, diese Errungenschaftsgemeinschaft mit L. Ripuar. 87, 2, L. Sax. 9 und Cap. L. 4 c. 9 in Verbindung zu setzen, wie dieß von Kraut (Vormundsch. II. S. 377 flg.) und nach ihm von Walter (Deutsche Rechtsgesch. § 462) geschieht. Gewiß ist in jenen Stellen mit der tertia pars collaborationis quam uxores accipiant nur ein Erbvortheil gemeint; und wenn einige Formeln (Kraut a. a. O. S. 381 N. 6) Dispositionen der Frau über diesen Errungenschaftsantheil bei Lebzeiten des Mannes beschreiben, so ist daraus nicht auf ein schon während der Ehe bestehendes Miteigenthum daran zu schließen, sondern es liegt nur ein Beispiel der Art und Weise vor, wie sich das alte deutsche Recht das Erbrecht überhaupt dachte, nämlich als ein schon bei Lebzeiten des Erblassers bestehendes Wartrecht. Völlig unhaltbar ist es aber, eine Errungenschaftsgemeinschaft stillschweigend in dem Recht der Gerade verborgen sein zu lassen; weil die Geradestücke meist solche sind, welche während der Ehe erworben werden, so soll das Recht der Gerade eine communio acquaestus enthalten! Wenn ferner Walter a. a. O Note 5 für die Behauptung, daß die Errungenschaft insgemein unter den Ehegatten getheilt worden sei, sich auf das Kl. Kaiserrecht II, 95 beruft, so übersieht er, daß diese berühmte Stelle gar nicht vom Erbrecht der Ehegatten redet. Wie wenig stichhaltig die oft gehörte Behauptung von dem „altfränkischen Rechte der Errungenschaftsgemeinschaft" ist, sollte man doch endlich aus der trefflichen Abhandlung Euler's in der Ztschr. f. deutsch. R. Bd. 10 (S. 2. 29. 44) gelernt haben. Sie ist eine neue Entdeckung der rationalistischen Jurisprudenz, welche das angeblich in der Ehe enthaltene Societätsprincip auf sein natürliches Maaß zurückführen wollte. Weder in Frankfurt noch in Württemberg bestand vor der Gesetzgebung des sechzehnten Jahrhunderts eine Spur von Errungenschaftsgemeinschaft! Ueberhaupt sollte man daraus, daß eine Gesetzgebung der Frau nach dem Tode des Mannes einen Antheil an der Errungenschaft beilegt, nicht sofort auf jenes System der communio acquaestus schließen. Vgl. die richtigen Bemerkungen bei Bluntschli D. Pr.-R. II. S. 207. Die Zurückversetzung der Errungenschaftsgemeinschaft ist ein schlimmer Anachronismus. Es wird damit dem Mittelalter ein Ideenkreis aufgebürdet

mit den Erbverträgen, der sinnlosen Vervielfältigung des Retracts, und ähnlichen Bildungen beschenkt hat.

Soll die hier dargelegte Idee der Errungenschafsgemeinschaft eine Wahrheit werden, so ist zunächst eine Einmischung der Behörden nicht zu umgehen. Das Beibringensinventar muß eine von der Obrigkeit geforderte, vielleicht auch von ihr angefertigte, jedenfalls öffentlich aufbewahrte Urkunde sein. Nur auf diese Weise läßt sich die Idee des Instituts verwirklichen: Sicherung des Bestands des beigebrachten Vermögens auch bei noch so langer Dauer der Ehe, und selbst für den Fall, daß der einzige Zeuge darüber verschwunden wäre, — und folgeweise: Sicherung des Maßstabs der dereinstigen Abrechnung zur Scheidung der Sondergüter vom gemeinen Gute. Wie störend ist aber diese Einmischung, wie wenig wird das feinere Gefühl geschont, wenn gleich bei der Eingehung der Ehe der Notar in das kaum gegründete Haus eindringen, und Stück für Stück des beiderseitigen Beibringens in seine Akten registriren darf! Das System legt ferner die Nöthigung einer Art von Etatwirthschaft oder einer genauen dreifachen Buchführung in der Ehe auf; welch einen Grad von engherziger Entäußerung jedes freien Vertrauens setzt es voraus, wenn es verlangt, daß sich die Gatten bei jeder Ausgabe und jeder Einnahme bewußt sein sollen, ob dieß dem Sondergute des Mannes, dem der Frau oder dem Socialgute zugerechnet werden müsse! Wie wenig entspricht es der vollen Hingebung, welche das sittliche Princip der Ehe fordert, wenn

---

(Etatwirthschaft mit Abrechnungsverfahren in der Ehe), der keiner Zeit fremder sein kann, als dieser; und diese Ideen gehören nicht etwa nur dem ausgebildeten System an, denn auch die einfachste Gestaltung einer Errungenschaftsgemeinschaft macht die Abtheilung in drei Massen und die Feststellung ihres Verhältnisses nöthig.

das Güterrecht in jedem Augenblicke eine Erinnerung des Vermögensgegensatzes anregt, wie dieß bei diesem steten Abrechnungsverfahren der Fall ist! Man wird vielleicht sagen, daß diese Mängel im Leben selbst weniger empfunden werden, indem die vom sittlichen Geiste wahrhaft beseelten Gatten sich gegenseitig vertrauen und in freiem Schalten und Walten die Formen überspringen, die ihnen das Gesetz vorzeichnet. Aber dieß beweist nur, daß ein gesundes Volksleben sich selbst von der engherzigsten Gesetzgebung nicht unterdrücken läßt, es beweist Nichts für die Brauchbarkeit eines Princips, das dem mechanischen Schreiberthum selbst auf das innerlichste Verhältniß des Lebens einen zersetzenden Einfluß gönnen will.

Wenn aber das System nur gerecht wäre! Ist es aber wohl gerecht, wenn das Gesetz ohne Unterscheidung der Verhältnisse allen während der Ehe gemachten Erwerb zu gleichen Theilen unter die Gatten vertheilt? Dieß mag in den niedern Arbeitsständen angehen, bei denen die Frau nicht minder als der Mann auf Erwerb ausgeht, aber gewiß nicht in jenen Kreisen, in denen der Mann der durch seine Geschäftsthätigkeit und sein geistiges Capital allein erwerbende Theil ist. Man kann sagen, es dürfe dem Manne wenig verschlagen, ob er seinen Erwerb mit seiner Lebensgefährtin getheilt wisse, oder ob er ihm allein verbleibe, denn in einer wahren Ehe solle ja thatsächlich doch alles Vermögen gemeinsam sein. Dabei ist aber der Fall nicht berücksichtigt, wenn die Frau (vielleicht ohne Hinterlassung von Kindern) stirbt, indem alsdann die Hälfte des vom Manne gemachten Erwerbs zum Nachlasse der Frau gehört, bei welchem er mit den erbberechtigten Verwandten der Letzteren als Erbe zusammentrifft. Wollte ein heirathslustiger Mann eine Ehe eingehen, welche in materieller Hinsicht dem Princip dieser

Errungenschaftsgemeinschaft entspräche, so müßte er sich vorher überlegen, ob das Vermögen seiner Erwählten dem Werthe seines eigenen Guts mit Einrechnung seines geistigen Erwerbscapitals entsprechend sei. Man wird zugeben, daß eine Gesetzgebung nicht naturgemäß sein kann, deren praktischer Werth von solchen Voraussetzungen abhängt. —

Wir haben anerkennen müssen, daß das System der Errungenschaftsgemeinschaft von richtigen Grundgedanken ausläuft, aber die Ausführung derselben erscheint schon darum als mangelhaft, weil es einen dem Geiste des ehelichen Lebens widerstreitenden Verwaltungsmechanismus octroyirt. Versuchen wir nun im Gegensatze zu diesen Systemen das Princip der Gütereinheit zu entwickeln.

Der Gesetzgeber, welcher die ehelichen Güterverhältnisse reguliren will, muß nach meiner Ueberzeugung dem Umstande sein volles Gewicht geben, daß es sich hier um eine Anordnung handelt, welche trotz einer unendlichen Verschiedenheit factischer Verhältnisse, wie sie das Leben bietet, immer gleich zweckentsprechend gefunden werden soll. Sodann muß er bedenken, daß es sich in der Ehe nicht um eine Vermögensverwaltung der Art handelt, wie sie der Vormund, oder der gewöhnliche Gütercurator hat, d. h. um ein Verhältniß strengster juristischer Verantwortlichkeit; denn die verwaltende Thätigkeit des Ehemannes beruht nicht auf einer willkührlichen Wahl, einem formalen Auftrage, sondern sie ist der Ausfluß eines Verhältnisses organischer Natur, ist nur die Folge seiner natürlichen Stellung. Daher kann es nicht die Aufgabe sein, für die ehelichen Güterverhältnisse ein allgemein gültiges genaues Administrationsschema vorzuschreiben, oder gar durch eine Eigenthumsvertheilung unter den Ehegatten zu sorgen. Das Richtige wird sein, im unmittelbaren Anschlusse an den sonstigen Charakter des ehelichen Ver-

hältnisses den Ehegatten auch in Rücksicht auf das beiderseitige Vermögen eine Stellung anzuweisen, welche der Stellung derselben in dem Bereiche der persönlichen Einigung analog ist, im Uebrigen aber hier ein Gebiet innerer Freiheit in der Gestaltung der Güterverhältnisse anzuerkennen. Dieß sind die Grundideen des Systems der Gütereinheit.

Der Ausgangspunkt desselben ist der Gedanke, daß die Ehe an der Zuständigkeit des Vermögens der Gatten Nichts ändert. Sie ist wesentlich eine Verbindung zu persönlich-sittlichen Zwecken, und hat zunächst auf das Güterwesen keine Beziehung. Der Mann wie die Frau bleiben daher Eigenthümer, Nießbräucher, Gläubiger, Schuldner u. s. w. ebenso in der Ehe, wie sie dieß vor der Ehe gewesen sind.

Erst mittelbar wirkt die Ehe auf das Vermögen. Die Gemeinschaft der Gatten erzeugt neue Lebensformen, Bedürfnisse und Ziele, welche nicht Aufgaben jedes Gatten für sich, sondern wesentlich beider Gatten zusammen, d. h. der Ehe sind. Diesen hat jeder Gatte, da sie ihn gleichmäßig treffen, zugleich seine Vermögensmacht zu unterstellen.

Bevor wir jedoch zur Entwicklung des Einzelnen vorschreiten, sind hier einige allgemeine Fragen zu beantworten, nämlich was ist als Aufgabe der Ehe, insofern sie auf das Vermögen wirkt, zu betrachten? Wer hat diese Aufgaben zu bestimmen? Welche Organisation erhält das eheliche Vermögen im Dienste derselben?

Was zunächst die Aufgaben der Ehe und die ihnen entsprechende Theilnahme des Vermögens der Gatten betrifft, so tritt uns hier ein Gegensatz des deutschen und des römi-

schen Lebens unverkennbar entgegen. Das römische Recht bürdet dem Manne allein die Tragung der ehelichen Lasten auf, und zieht die Frau nur in der untergeordneten Weise zur Mitleidenschaft, daß sie in ihrer dos einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands giebt, der während der Ehe in das Vermögen des Mannes aufgenommen wird. Das übrige Vermögen der Frau bleibt völlig außer dem Bereiche der ehelichen Gemeinschaft als ihr eigenes Privatgut bestehen, woran dem Manne an und für sich nicht einmal die Verwaltung gebührt. Auch scheint es, als wenn das römische Recht unter ehelichem Aufwande nur die Kosten begreife, welche der Unterhalt der zu seinem Hauswesen hinzukommenden Frau, und die Ernährung und Erziehung der Kinder verursachen; es scheint, als denke es sich dieses Gebiet getrennt von dem sonstigen Geschäfts- und Lebenskreise des Ehemannes, zu dem die Familie an sich keinen Zutritt hat. Dieß ist ganz anders im deutschen Rechte. Trotz der Verschiedenheit der ehelichen Güterrechte stimmen die Statuten doch darin überein[5]), daß sie die Frau mit ihrem ganzen Vermögen an den Aufgaben der Ehe Theil nehmen lassen. Auch widerstrebt uns in jeder Hinsicht die Vorstellung, als wenn die Ehe einen abgesonderten Lebenskreis neben dem sonstigen Lebenskreise des Mannes bilde. Bei uns nimmt die Frau an der gesammten Stellung des Mannes Theil, sie ist in Wahrheit nach allen Richtungen seine „Genossin," und es giebt keine Beziehung des öffentlichen und des Privatlebens, welche nicht auf die Gestaltung des ehelichen Ver-

---

5) Selbst die particuläre Gütergemeinschaft gehört hierher, obschon sie gewisse Verwaltungsgebiete sondert. Denn auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist das „Socialgebiet," für welches das Frauengut haftet, unendlich weiter als im römischen Rechte. S. indessen darüber unten das Nähere.

hältnisses zurückwirkt. Wohl mag der innere Grund dieser Verschiedenheit in der größeren Mannichfaltigkeit und Stärke der socialen Gegensätze der germanischen Welt liegen, von denen auch die Lebensstellung der Ehefrau bestimmt wird; es ist bei uns auch für die Verhältnisse der Frau von entscheidender Bedeutung, ob der Mann dem Stande der Gewerbtreibenden, der Gutsbesitzer, der Beamten angehört, sie unterscheidet in ihm nicht den Ehemann von dem Kaufmann, Staatsdiener, Militär, sondern ihre Hingebung will auch eine Theilnahme an der Berufs- und Standesstellung des Mannes sein. Ganz richtig, obschon schlicht und einfach sagt dieß das Jüt. Low (1, 36): „Mann und Frau sollen leben von ihrer Beider Gut.“

Ganz eigenthümlich stellt sich bei dieser Frage die moderne Errungenschaftsgemeinschaft. Auf der einen Seite läßt auch dieses System das ganze Vermögen der Frau in die Ehe hinübertreten; aber es geschieht dieß nur zu dem mit dem Wesen der Ehe gar nicht in Verbindung stehenden Zwecke, damit die Ehegatten die Früchte zu gleichen Theilen gewinnen, welche aus diesem und dem Vermögen des Mannes gezogen werden. Erst von diesem Gewinne werden die ehelichen Lasten berechnet, und hier wird undeutsch und doctrinär ein Gebiet der ehelichen Gemeinschaft im Gegensatze zu den Sondergebieten der einzelnen Gatten herausgekünstelt. Ich meine, es dürfte wenig Grund in dem Rechtsgefühle des Volkes haben, wenn der Württembergische Gesetzentwurf über das eheliche Güterrecht von 1840 in den Paragraphen 33 und 34 dem Manne allein die Kosten des Meisterrechts aufbürdet, welches derselbe vor der Trauung erworben oder zu erwerben sich verbindlich gemacht hat, sowie die Kosten für einseitige Dispositionen und Reisen, für die vor oder vermittelst der Trauung erfolgte

Bürgeraufnahme u. s. w., wogegen der Gemeinschaft die Kosten der Trauung, gemeinschaftlicher Dispensationen und Reisen zugeschrieben werden. Wo in einer Ehe solche überkluge Unterscheidungen gemacht werden, da ist zwar vielleicht das Lob einer „guten Administration" begründet, schwerlich aber auch jener Geist voller und vertrauensvoller Hingebung zu finden, welche doch sonst das Wesen der deutschen Ehe charakterisiren soll. Man sieht auch ganz deutlich, daß solche Bestimmungen nicht sowohl aus einer richtigen Auffassung des Geistes des ehelichen Lebens, als vielmehr aus der Idee der „Erwerbsgesellschaft" hervorgegangen sind, die das juristische Handwerk zum Modell der Ehe erkoren hat.

Wir haben die Ansicht geltend zu machen gesucht, daß die witzige Unterscheidung zwischen Kosten der Ehe und Aufwand der Ehegatten im deutschen Leben keine Begründung findet. Die Verbindung, welche die Gatten eint, umfaßt sie ganz, nach allen Beziehungen; das Geschäft, die Stellung des Mannes überhaupt modificirt und bestimmt auch die Lebensrichtung der Frau. Sowie sie mit ihrer ganzen Persönlichkeit sich dem Erwählten hingiebt, um an seinem gesammten innern und äußern Leben Theil zu nehmen, so will sie auch in Bezug auf ihre Vermögensmacht nicht unterscheiden, sondern unterstellt sie ganz und ungetheilt dem ihr eigenes Interesse einschließenden Bedürfniß des Gatten. Daß in diesem Verhältniß die Frau die untergeordnete Rolle spielt, und der Mann es ist, in dessen Hand die Gestaltung des ganzen ehelichen Lebens liegt, darf als eine sich von selbst ergebende Folge der Stellung angesehen werden, welche die Natur dem Manne im Verhältniß zur Frau anweist. „Wem ich meinen Leib gönne", sagt das alte Sprichwort, „dem gönne ich auch mein Gut."

Wenn es sich nun um die Gestaltung der ehelichen Güter zum Dienste für die eben geschilderten Aufgaben handelt, so ist auch hier gewiß nur diejenige für gerechtfertigt zu halten, welche sich, ohne Dazwischenschieben willkührlicher und künstlicher Maßregeln, unmittelbar an die natürlichen Verhältnisse der Ehegatten anlehnt. Unmöglich könnte dieß von einer Einrichtung gesagt werden, nach welcher die Frau ihr Vermögen für sich behielte, selbständig verwaltete und etwa nur stückweise die Erträgnisse oder was sonst erfordert würde dem Manne zur Verwendung überlieferte. Gewiß, es wäre eine völlig unnatürliche Stellung, welche das Weib einnähme; es wäre eine die erwartete Lebensgemeinschaft in einer der wichtigsten Beziehungen störende Zweiung, eine Anordnung, welche, von dem Princip des Mißtrauens gegründet, eine mit dem Wesen der Ehe unverträgliche Gegensätzlichkeit in das Verhältniß der Gatten einführen würde. Sowie die Ehe für die Personen der Gatten eine unlösbare Einheit in sittlicher und gesellschaftlicher Hinsicht begründet, so entspricht auch die Vereinigung des beiderseitigen Vermögens in einer Hand allein der Auffassung, welche die Ehe in Deutschland gefunden hat. „Mann und Weib haben kein gezweiet Gut bei ihrem Leben" heißt das alte Dogma des mittelalterlichen Spieglers. Daß aber der Mann derjenige Theil ist, welcher das eheliche Gut in seine Hand nimmt, versteht sich von selbst. Nur glaube ich, daß man diese bevorzugte Stellung des Mannes nicht mehr auf das alte Mundium und die Geschlechtsvogtei zurückführen sollte. Diese Begriffe gehören einer Zeit an, in der ein bedeutendes Stück der öffentlichen Gewalt noch in der autonomen Macht des Hausherrn ruhte, in welcher das wehrlose (oder, wie man später annahm, das seiner Natur nach leichtfertige) Weib nebst anderen schutzbedürftigen Per=

sonen seine Vertretung fand. Davon ist heutzutage nicht mehr die Rede. Jetzt ist es nicht mehr eine politische, sondern lediglich die natürliche Stellung der Dinge, welche dem Manne jenes Uebergewicht, die Herrschaft im Hause verleiht [6]). „Alle Ding sollen sein in des Mannes Hand," heißt der allgemeine Grundsatz des kleinen Kaiserrechts (2, 100).

Was ist aber nun das juristische Princip dieser Güter-vereinigung? Wir haben gesehen, daß es sich durchaus nicht um eine Rechtsveränderung handelt; weder wird der Mann Eigenthümer des Vermögens der Frau, noch tritt eine Vermögenstheilung mit dem Princip der Communio zu ideellen Theilen ein, es findet keinerlei Succession statt, jeder Ehegatte bleibt auch in der Ehe Eigenthümer seiner Güter. Das gestaltende Princip dieser Vereinigung ist überhaupt kein juristisches, sondern ein sittliches Postulat des ehelichen Lebens, und in den privatrechtlichen Genossenschaftsverhältnissen ist keine Formel dafür zu suchen. Die Frau will zunächst mit den Früchten, und wo diese nicht zureichen, auch mit der Substanz ihrer Güter an ihrem Theile zur Unterhaltung des ehelichen Lebens beitragen; die Vollziehung dieser Absicht überträgt das Recht mit der Verwaltung des Vermögens dem Manne. Die rechtliche Stellung des Mannes zu dem Frauengute ist mithin die eines stellvertretenden Verwalters eines fremden Vermögens für einen allgemein bestimmten Zweck. Aber diese Stellung unterscheidet sich wesentlich von der aller andern

6) Daher ist es auch ganz gerechtfertigt, wenn das Pr. Landr II, 1 § 202 flg. 274. 327 diese Rechte des Mannes auf die Frau überträgt, wenn jener seinen ehelichen Beruf durch Krankheit oder während der Abwesenheit zu erfüllen verhindert ist.

Procuratoren. Zunächst ist die Vollmacht des Mannes eine höchst umfassende; er selbst hat den Umfang des Aufwands, dem das Vermögen dienen soll, festzustellen, und nur wenige gesetzliche oder vertragsmäßige Schranken hemmen ihn; er selbst hat ferner einen hauptsächlichen Antheil an dem Genusse, den die Verwendung der ehelichen Güter bereitet; endlich verlangt die Frau von ihm keine Rechnungsablegung über die Verwendung der Früchte. Es ist ein Verhältniß des innigsten Vertrauens, und die wichtigsten Garantieen der Frau liegen in der inneren Gerechtigkeit und dem Geiste der Liebe, welchen das Recht bei dem Manne voraussetzt.

Es kommt uns vor Allem darauf an, zu constatiren, daß das Recht des Mannes am Frauengute in keiner Weise die Natur einer dinglichen Berechtigung hat. Es ist lediglich ein auf der natürlichen Stellung des Mannes beruhendes Forderungsrecht, allgemeiner Vermögensprocurator der Ehefrau in und für das eheliche Leben zu sein, und demgemäß den Besitz, die Verwaltung und bis auf einen gewissen Grad auch die Verfügung über ihre Güter zu haben. Der Umstand, daß er diese selbst zu genießen hat, und daß er über die Verwendung der Früchte keine Rechnung abzulegen braucht, verwandelt sein Recht nicht, wie man oft genug zum Nachtheil der Sache angenommen hat, in einen Nießbrauch, auf welchem dann wieder die Pflicht zur Bestreitung der ehelichen Bedürfnisse ruhe; denn jenes ist die unmittelbare Folge der höheren Ordnung des ehelichen Lebens, und nicht erst die abgeleitete Wirkung eines dazwischen tretenden Rechtstitels des ehemännlichen Besitzes des Frauenguts. Die Annahme eines Nießbrauchs des Ehemannes ist wieder nur eine von jenen Theorieen, welche, statt den inneren Gehalt des ehelichen Verhältnisses frei und unmit-

telbar auf die rechtliche Gestaltung wirken zu lassen, denselben in einer fremdartigen aber sich bequem darbietenden Rechtsform verkümmern[7]).

Wir haben so eben der Früchte des Frauenguts erwähnt. Wir verstehen darunter die regelmäßigen Erzeugnisse des eheweiblichen Capitals und nicht den außerordentlichen Erwerb, den die Frau während der Ehe (z. B. durch Lotteriegewinn, bedeutendes Honorar für eine literärische Arbeit, Erbschaft, Schenkung) macht; ein solcher vermehrt die Substanz ihres Einbringens. Ferner wollen wir bei dieser Betrachtung die besonderen und ausnahmsweisen Verhältnisse außer Berechnung lassen, welche statt finden, wenn die Frau als wirkliche Kauffrau und dergl. einen völlig selbständigen Erwerbskreis gründet. Bleiben wir also bei dem engeren Begriffe der Früchte des weiblichen Vermögens bestehen, zu denen freilich nicht blos die Kapitalzinsen, Pachtgelder, Wirthschaftsrevenuen von Grundstücken u. s. w., sondern auch der Erwerb zu rechnen ist, den die Ehefrau z. B. in den niederen Arbeitsständen durch ihre regelmäßige Händearbeit (als Wäscherin, Nähterin) machen kann. Wir haben gesehen, daß alle diese Früchte dem Manne für eheliche Zwecke überantwortet werden. Wie aber, wenn ein Ueberschuß über die Bedürfnisse der Ehe, eine wirkliche Errungenschaft vorhanden ist? Bedarf es für diesen Fall nicht einer besonderen Festsetzung?

In unendlich vielen Ehen wird von einer Errungenschaft kaum die Rede sein, indem die Früchte der ehelichen Güter und der Erwerb der Gatten für die Bedürfnisse der Ehe aufgebraucht werden. In den meisten Ehen, in denen

7) Ein ähnliches Rechtsverhältniß ist das des Interimswirths bei Bauergütern.

Etwas erworben wird, wird dieß das Ergebniß der Thätigkeit des Mannes sein. Hier ist auch nicht der entfernteste Grund vorhanden, das Eigenthum des Erworbenen zur Hälfte der Frau zuzutheilen; ihr Antheil daran liegt in der Theilnahme an dem erhöhten Lebensgenuß, in der Beruhigung, welche ihr das Bewußtsein der Sicherung der äußeren Stellung ihrer Familie gewährt, die der Mann mit Hülfe reicher Erwerbsquellen zu bereiten im Stande ist. Auch wird man die Wirthschaftlichkeit und Sparsamkeit der Frau bei der Führung des Hauswesens gewiß nicht als ein der Erwerbsthätigkeit des Mannes paralleles Moment zu Gunsten einer Errungenschaftstheilung anführen können. Endlich ist der dritte schon oben erwähnte Fall möglich, daß unzweifelhaft die Früchte des Frauenguts (wie wir sie oben bestimmt haben) das Bedürfniß des ehelichen Aufwands überschreiten. Ist es nun nicht gerecht, diesen Ueberschuß, diese Ersparniß gesetzlich der Frau zuzuschreiben?

Vom Gesichtspunkte des praktischen Lebens aus muß diese Frage verneint werden. Denn einmal ist es völlig in die Willkühr des Mannes gestellt, die Größe der ehelichen Bedürfnisse festzustellen, für welche ihm die Früchte des Frauenguts nebst den Früchten eigenen Erwerbs und eigenen Vermögens anheim gegeben sind; von seinem Willen also hängt es ab, zu bestimmen, ob überhaupt ein Ueberschuß vorhanden sein solle oder nicht. Sodann kann überhaupt von einem absoluten Ueberschuß erst am Schluß der Ehe die Rede sein. Da ist es nicht wie bei einer Handelsgesellschaft, die ihren bestimmten Geschäftskreis, ihren bestimmten Fond, ihre genau übersehbaren Interessen hat, wo von Jahr zu Jahr ein Abschluß mit genauer Vermögensbilanz möglich ist; die Ehe ist nicht eine Composition von lauter einzelnen Verwaltungsjahren, sondern hier hat das nicht nach

festen Abschnitten zu begränzende Schicksal mit inneren und äußeren Wechselfällen seine unberechenbare Einwirkung; hier kann nicht wie beim kaufmännischen Geschäft die Ungunst der Zeit umgangen werden, denn das eheliche Band ist unauflöslich für gute und böse Tage. Auch kann die Gesetzgebung nicht von der Voraussetzung ausgehen, daß in allen Ehen eine genaue Buchsführung statt finde, so daß sich am Ende einer auch noch so langen Gemeinschaft ein sicheres Facit ziehen ließe. Endlich würde es sich dabei um unüberwindliche Schwierigkeiten handeln; man denke nur an den incommensurabelen Faktor des wirthschaftlichen Talents des Mannes. Nach Allem diesem ruht es auf guten inneren Gründen, wenn das Recht die Vermögensvermehrung, welche gegenüber dem Eingebrachten sich bei der Beendigung der ehemännlichen Verwaltung herausstellt, als dem Manne gehörig betrachtet. Auch hier wird es natürlich seinem Gerechtigkeitsgefühl anheim gegeben bleiben, wirkliche Ueberschüsse der Früchte des weiblichen Eheguts der Frau ausdrücklich zuzusichern, aber die Gesetzgebung ist in ihrem Rechte, wenn sie im Anschluß an die Verhältnisse der bei Weitem meisten Ehen jenen Grundsatz als Durchschnittsregel aufstellt.

Offenbar ist es diese Gedankenreihe, welche den vielen Gesetzgebungen zu Grunde liegt, die dem Manne einen Nießbrauch am Vermögen der Frau gewähren. Diese Formulirung ist freilich schief, unnöthig, und überspringt das Ziel. Denn warum soll z. B. die Frau nicht das Recht haben, diejenigen als solche erweislichen Früchte ihres Vermögens, welche, obschon während der Ehe gewonnen, doch bei der Trennung derselben ungebraucht vorgefunden werden, als ihr Eigenthum anzusprechen?

Wer in dieser Ausführung eine Verletzung der Interessen der Frau erblickt, der möge bedenken, daß es sich

bei der Festsetzung eines ehelichen Güterrechts immer nur um Durchschnittsregeln für ein Verhältniß handeln kann, das die Möglichkeit einer unendlichen Mannichfaltigkeit faktischer Verhältnisse einschließt. Nun läßt sich gewiß nicht leugnen, daß sich die obigen Principien, wie bereits bemerkt wurde, am meisten an die natürliche und sittliche Gestaltung des ehelichen Verhältnisses anschließen. Gewiß ist es eine berechtigte Normalvoraussetzung, daß der Mann die Bedürfnisse seines und des Lebens seiner Familie zunächst aus den Mitteln eigener Erwerbsquellen befriedige, und die Früchte des Frauenguts mehr nur als einen Beitrag anzusehen habe. Ebenso wird man dem obigen System gewiß die Anerkennung gewähren müssen, daß es der im ehelichen Leben erforderlichen Freiheit der Bewegung am wenigsten Eintrag thue. Auch ist zu erwägen, daß eine wesentliche Ergänzung des Systems in der Zusicherung nicht bloß eines umfassenden und unentziehbaren Erbrechts des Ueberlebenden, sondern auch eines größeren oder geringeren Nießbrauchs an dem Anderen zufallenden Theile der Hinterlassenschaft des Verstorbenen besteht. Hierdurch wird eine etwaige Benachtheiligung der Frau meist vollständig ausgeglichen werden [8]. Endlich bietet die Möglichkeit besonderer Festsetzungen in den Ehepakten, insbesondere die Constituirung eines Sonderguts, ein Correctiv dar, welches bei keinem Systeme des ehelichen Güterrechts entbehrt werden kann, um bei außerordentlichen Eigenthümlichkeiten der sachlichen und persönlichen Verhältnisse einer nachtheiligen Einwirkung der Gesetzgebung zu begegnen. —

---

8) Dieß Erbrecht ist namentlich auch eine Entschädigung für den alleinigen Gewinn der Errungenschaft durch den Mann. Darum ist es aber nicht nothwendig, es als einen Theil dieser letzteren zu constituiren, wie es manche ältere und neuere Statuten gethan haben.

Haben wir im Vorstehenden den allgemeinen Gedanken dargelegt, von welchem das Gütereinheitssystem beherrscht wird, so sollen nun im Folgenden einige der wichtigsten Fragen der Ausführung im Einzelnen besprochen werden.

Wir haben gesehen, der Grundgedanke des Systems liegt in dem Satze: daß die Ehe an der Zuständigkeit des Vermögens der Ehegatten Nichts ändert. Sowie der Mann in der Ehe Eigenthümer, Nießbräucher, Pfandgläubiger, Vasall, Gläubiger, Schuldner in derselben Weise bleibt, wie er es vor der Ehe war, so auch die Frau. Dagegen nimmt der Mann die Güter der Frau mit eigenthümlichen Befugnissen in die Hand. Das hieraus hervorgehende Verhältniß ist nun näher zu entwickeln.

1) Stellung des Mannes. Das Verwaltungs- und Dispositionsrecht über sein voreheliches und sein während der Ehe erworbenes Vermögen wird durch die Ehe in keiner Weise berührt. In Bezug auf das voreheliche und während der Ehe erworbene Vermögen der Frau hat er zunächst die Verwaltung anzusprechen. Hiernach ist er zu allen Rechtsgeschäften befugt, welche sich auf die ordnungsmäßige Erhaltung desselben beziehen; es ist Sache der gesetzgeberischen Erwägung, zu bestimmen, ob zu seiner Legitimation bei manchen derartigen Geschäften noch die besondere Einwilligung der Frau hinzutreten müsse, z. B. bei der Kündigung und Anlegung von Capitalforderungen, der Cession von Obligationen u. s. w. Zu den Verwaltungsrechten wird regelmäßig auch die Befugniß der freien Veräußerung des beweglichen Frauenguts gerechnet, — ein Satz, der einer strengen Beschränkung bedürftig wäre[9]). Dage-

9) Ein solches Veräußerungsrecht sollte nur vom Gesichtspunkte der Verwaltung aus zuerkannt werden.

gen war es von jeher allgemeiner Grundsatz, daß die Veräußerung von Immobilien nur unter Zustimmung der Frau erfolgen dürfe. Dieser Satz ist gewiß auch heutzutage aufrecht zu erhalten. Denn wenn auch einzelne Gründe des älteren deutschen Rechts jetzt nicht mehr dafür wirksam sind, so fehlt es doch auch jetzt nicht an entscheidenden Gründen; nicht nur erscheint das im Grundeigenthum angelegte Capital als das sicherste, sondern es darf auch behauptet werden, daß es mit der Individualität des Berechtigten in einem näheren und innigeren Zusammenhange steht als ein in Obligationen ruhendes Vermögen. Zu den Verwaltungsrechten des Mannes gehört ferner die Vertretung der Frau in Processen aller Art. Ist nun durch diese Ueberlassung der Verwaltung des Vermögens an den Mann der Forderung des ehelichen Verhältnisses Genüge geschehen, daß die Frau ihren Rechtskreis nicht getrennt neben den des Mannes hinstelle, so bedarf sie andererseits einer besonderen Sicherheit für die Erhaltung ihres Guts und die Restitution desselben bei der Trennung der Ehe. Eine solche liegt zunächst darin, daß sie an allen Rechten, aus denen ihr Vermögen besteht, die Zuständigkeit bewahrt; sie hat das Eigenthum der Grundstücke, auf ihrem Namen stehen die Forderungen u. s. w. Sodann genießt sie überall ein Pfandrecht am Vermögen des Mannes, resp. das Recht, eine Hypothek in das öffentliche Grundbuch eintragen zu lassen, zur Sicherung für diejenigen Ansprüche, welche durch die Fortdauer ihres Eigenthums nicht gedeckt sind. Dahin gehört der Ersatzanspruch für den Verlust oder die Werthverminderung von eingebrachten Vermögensstücken, insoweit ein solcher vom Manne durch Ueberschreitung der Gränzen seines Verwaltungsrechts und durch Vernachlässigung der in seinen eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt verschuldet worden

ist [10]). Endlich geben die Gesetze der Frau zu noch größerer Sicherung das Recht, auf Entziehung der Verwaltung wegen schlechter Wirthschaft, Concurs des Mannes, Scheidung von Tisch und Bett bei Gericht anzutragen, sowie auch die Administration an sie zurückfällt, wenn der Mann aus irgend einem Grunde seine desfallsigen Pflichten zu erfüllen verhindert ist. Ueberhaupt aber bleibt es ihr überlassen, sich für die Restitution ihres Vermögens bei Eingehung der Ehe (durch Inventare u. s. w.) besondere Sicherheit zu verschaffen.

Eine Verfügungsgewalt, ein Recht der materiellen Verwendung hat der Mann nur in Bezug auf die Früchte des Frauenguts. Nur insoweit läßt das Recht in der Verfügung über ihre Güter die Frau durch den Mann repräsentirt werden; er soll die Früchte ihres Vermögens an ihrer Stelle gewinnen und als Beitrag für die ehelichen Bedürfnisse verbrauchen. Reichen diese und die eigenen Mittel des Mannes nicht aus, so wird sie nicht widerstreben, auch die Substanz ihres Guts preiszugeben; aber hierzu bedarf es ihrer besonderen Zustimmung.

In jener Verwendung der Früchte des Frauenguts ist der Mann freilich völlig unbeschränkt. Daher ist er auch berechtigt, dieselben zur Bezahlung seiner Schulden, gleich ob vorehelicher oder ehelicher zu verwenden. Insoweit, aber auch nur bis auf diesen Punkt ist der Grundsatz berechtigt: „die den Mann trauet, trauet seine Schuld.“ Dagegen ist es völlig willkührlich und principlos, wenn viele Statuten

10) Sie hat also z. B. keine Ersatzansprüche wegen der Deterioration von Vermögensstücken, welche zum Gebrauche in der Ehe bestimmt waren, und in diesem Dienste verschlechtert wurden.

die Ehefrau als solche persönlich für die Schulden des Mannes verhaftet werden lassen, oder wenigstens den Gläubigern des Gatten das Recht einräumen, das Frauengut der Substanz nach, oder doch dessen Früchte als Exekutionsgegenstand zu betrachten [11]). Der Mann darf die Früchte zu dem angegebenen Zwecke verwenden; er ist dazu aber nicht verpflichtet, und die Gläubiger haben kein Recht, ihn dazu zu zwingen, oder sich selbst dieses ihrem Schuldner fremden Vermögens zu bemächtigen, sofern nicht ein besonderer Grund der Mitverpflichtung der Frau vorliegt [12]). Auch hier zeigt es sich sehr wirksam, ob man das Recht des Mannes als einen Nießbrauch auffaßt, oder nicht; denn der Nießbrauch des Ehemannes fällt ohne Zweifel in die Concursmasse [13]).

2) Stellung der Frau. Sie hat ihr Vermögen dem Manne zur Verwaltung mit dem Rechte, die Früchte davon zu ziehen und in der Ehe zu verwenden, übergeben; der Mann hat ein Recht darauf, und die Frau darf es ihm in keiner Weise schmälern. Daher kann sie es nicht, weder

---

11) Die Darstellung in meinem System des D. Pr.-R. § 231 N. 13 ist anders, weil sie sich an das positive statutarische Material halten mußte.

12) z. B. Negotiorum gestio, versio in rem.

13) System des D. Pr.-R. § 235. Die Concursgläubiger können also nach meiner Ansicht die Früchte des Frauenguts als solche (d. h. sofern sie nicht bereits in Errungenschaftsgut des Mannes verwandelt worden sind) nicht zur Concursmasse ziehen; denn sie gehören an und für sich der Frau, und wenn sie der Mann ohne Rechenschaftsablegung verwenden darf, so gebührt ihm dieß Recht doch immer nur von dem Gesichtspunkte aus, daß er die Frau in Bezug auf die Wirksamkeit ihres Vermögens in der Ehe vertritt.

ganz, noch theilweise, weder direkt noch indirekt zurückziehen. Sie ist aber darum nicht handlungsunfähig; sie kann Rechtsgeschäfte aller Art gültig abschließen, testiren, veräußern und sich verpflichten. Haben aber diese Geschäfte eine Wirkung auf das in der Hand des Mannes befindliche Vermögen, so kann, wenn nicht der Mann ausdrücklich eingewilligt hat, eine Exekution erst dann eintreten, wenn jenes wieder von den Rechten des Mannes frei geworden ist [14]). Die entgegengesetzte Ansicht, welche solche Geschäfte der Frau, die sie ohne Zustimmung des Mannes abgeschlossen hat, für nichtig erklärt, beruht auf der fortdauernden Einmischung des Princips einer ehemännlichen Vormundschaft [15]); wo eine solche nicht durch das Gesetz ausdrücklich sanctionirt ist, kann jene Wirkung als aus dem Wesen der Gütereinheit folgend nicht behauptet werden.

3) Schuldverhältnisse. Die Grundsätze darüber ergeben sich aus dem Bisherigen von selbst. Indessen mögen einige besondere Verhältnisse hier berücksichtigt werden. Der Mann kann sowohl seine vorehelichen, als die während der Ehe contrahirten Schulden jederzeit aus seinem Vermögen und aus den Einkünften des Frauenguts bezahlen. Die Frau kann er nicht selbständig und persönlich verpflichten; sie muß ausdrücklich contrahiren, wenn sie obligirt sein soll, — abgesehen natürlich von den Verbindlichkeiten, die der Mann für die Ehefrau als Vermögensverwalter begründet. Dagegen giebt es ein Gebiet, in welchem die

14) Eine Ausnahme leidet dieß nur bei Obligationen aus Delikten. Diese wirken absolut wegen ihres öffentlichen Charakters.

15) Aber selbst dieser Grund ist ungenügend. Kraut, Vormundsch. II. S. 402.

die Ehefrau als solche persönlich für die Schulden des Mannes verhaftet werden lassen, oder wenigstens den Gläubigern des Gatten das Recht einräumen, das Frauengut der Substanz nach, oder doch dessen Früchte als Exekutionsgegenstand zu betrachten [11]). Der Mann darf die Früchte zu dem angegebenen Zwecke verwenden; er ist dazu aber nicht verpflichtet, und die Gläubiger haben kein Recht, ihn dazu zu zwingen, oder sich selbst dieses ihrem Schuldner fremden Vermögens zu bemächtigen, sofern nicht ein besonderer Grund der Mitverpflichtung der Frau vorliegt [12]). Auch hier zeigt es sich sehr wirksam, ob man das Recht des Mannes als einen Nießbrauch auffaßt, oder nicht; denn der Nießbrauch des Ehemannes fällt ohne Zweifel in die Concursmasse [13]).

2) Stellung der Frau. Sie hat ihr Vermögen dem Manne zur Verwaltung mit dem Rechte, die Früchte davon zu ziehen und in der Ehe zu verwenden, übergeben; der Mann hat ein Recht darauf, und die Frau darf es ihm in keiner Weise schmälern. Daher kann sie es nicht, weder

---

11) Die Darstellung in meinem System des D. Pr.-R. § 231 N. 13 ist anders, weil sie sich an das positive statutarische Material halten mußte.

12) z. B. Negotiorum gestio, versio in rem.

13) System des D. Pr.-R. § 235. Die Concursgläubiger können also nach meiner Ansicht die Früchte des Frauenguts als solche (d. h. sofern sie nicht bereits in Errungenschaftsgut des Mannes verwandelt worden sind) nicht zur Concursmasse ziehen; denn sie gehören an und für sich der Frau, und wenn sie der Mann ohne Rechenschaftsablegung verwenden darf, so gebührt ihm dieß Recht doch immer nur von dem Gesichtspunkte aus, daß er die Frau in Bezug auf die Wirksamkeit ihres Vermögens in der Ehe vertritt.

ganz, noch theilweise, weder direkt noch indirekt zurückziehen. Sie ist aber darum nicht handlungsunfähig; sie kann Rechtsgeschäfte aller Art gültig abschließen, testiren, veräußern und sich verpflichten. Haben aber diese Geschäfte eine Wirkung auf das in der Hand des Mannes befindliche Vermögen, so kann, wenn nicht der Mann ausdrücklich eingewilligt hat, eine Exekution erst dann eintreten, wenn jenes wieder von den Rechten des Mannes frei geworden ist [14]). Die entgegengesetzte Ansicht, welche solche Geschäfte der Frau, die sie ohne Zustimmung des Mannes abgeschlossen hat, für nichtig erklärt, beruht auf der fortdauernden Einmischung des Princips einer ehemännlichen Vormundschaft [15]); wo eine solche nicht durch das Gesetz ausdrücklich sanctionirt ist, kann jene Wirkung als aus dem Wesen der Gütereinheit folgend nicht behauptet werden.

3) Schuldverhältnisse. Die Grundsätze darüber ergeben sich aus dem Bisherigen von selbst. Indessen mögen einige besondere Verhältnisse hier berücksichtigt werden. Der Mann kann sowohl seine vorehelichen, als die während der Ehe contrahirten Schulden jederzeit aus seinem Vermögen und aus den Einkünften des Frauenguts bezahlen. Die Frau kann er nicht selbständig und persönlich verpflichten; sie muß ausdrücklich contrahiren, wenn sie obligirt sein soll, — abgesehen natürlich von den Verbindlichkeiten, die der Mann für die Ehefrau als Vermögensverwalter begründet. Dagegen giebt es ein Gebiet, in welchem die

---

14) Eine Ausnahme leidet dieß nur bei Obligationen aus Delikten. Diese wirken absolut wegen ihres öffentlichen Charakters.

15) Aber selbst dieser Grund ist ungenügend. Kraut, Vormundsch. II. S. 402.

Frau den Mann [16]) verpflichten kann, nämlich das innere Hauswesen; diese Befugniß beruht nicht auf einem stillschweigenden Mandate des Mannes, sondern auf einem in der Natur des ehelichen Verhältnisses liegenden Repräsentationsverhältnisse, das von der Willkühr des Mannes unabhängig ist.

Was die Schulden der Frau betrifft, so müssen die vorehelichen jederzeit auch während der Ehe aus dem Frauengute getilgt werden, und zwar ohne Unterschied, ob dasselbe schon vor oder erst während der Ehe erworben wurde (a. A. Kraut a. a. O. S. 413); denn es wäre widersinnig, zu bestimmen, daß die Gläubiger durch die Verheirathung ihrer Schuldnerin die Realisirbarkeit ihrer Forderungen einbüßen sollten. Contrahirt dagegen die Frau während der Ehe ohne Einwilligung des Mannes Schulden (und zwar eigene, d. h. auf ihren Namen), so braucht der Mann ihr Vermögen, das er in seiner Verwaltung hat, den Gläubigern nicht zur Exekution preiszugeben. Dieß ist anders, wenn er ausdrücklich zustimmte; aber unrichtig ist es, für diesen Fall sogar von einer Haftung des ehemännlichen Vermögens nach einem allgemeinen deutschen Herkommen zu reden [17]). Schul-

---

16) Insoweit hat Walter, D. Pr.-R. § 193, 7 Recht, wenn er aus solchen Handlungen der Frau nur den Mann verpflichtet werden läßt; denn sein Hauswesen ist es, welches die Frau besorgt, und der Vermögensbeitrag der Letzteren ist schon in den dem Manne übergebenen Früchten ihres Guts enthalten. Ich berichtige damit gern eine Ansicht meines D. Pr.-Rechts § 231, N. 8. — Ein anderes Repräsentationsrecht der Frau, in Fällen der Krankheit und Abwesenheit des Mannes, ist schon oben erwähnt worden. In diesen Fällen kann sie nicht bloß sich, sondern auch ihren Mann wirksam verpflichten. Zu beschränkt faßt dieß auf Runde, Deutsch. ehel. Güterr. § 41.

17) So Walter a. a. O. § 193, 12, und Kraut a. a. O.

den endlich, welche auf einer der Frau angefallenen Erbschaft ruhen, kann dieselbe, wenn nicht der Mann ausdrücklich zur Annahme einwilligte, bis zur Trennung der Ehe nur aus den Erbschaftsgütern bezahlen [18]).

Contrahiren endlich die Gatten gemeinsam, so entsteht eine Obligation mehrerer gemeinschaftlicher Schuldner, deren Wirkung durch das eheliche Güterrecht in keiner Weise berührt wird. Denn der Schuldentheil der Frau gilt als mit seiner Einwilligung begründet. —

Dieß sind die Grundideen und Grundzüge des Systems des ehelichen Güterrechts, welches im Wesentlichen als das eigentlich deutsche, dem mittelalterlichen Rechte entsprechende betrachtet werden muß. Aber es steht ihm, wie wir zu zeigen versuchten, nicht bloß das historische Recht zur Seite, sondern es ist auch dasjenige, welches sich als das dem Wesen der Ehe überhaupt am meisten angemessene darstellt. Wenn nun statutarische Willkühr und Mißverständnisse der Doctrin Vielerlei hinzugesetzt haben, wodurch die eigentliche Natur desselben verdunkelt werden konnte — Nießbrauch des Ehemannes, vollständige Haftung der Substanz des Frauenguts für die Schulden des Mannes, Verschmelzung der ehelichen Güter bei der Trennung der Ehe durch den Tod eines Gatten u. s. w. —, so darf diese Veränderung nicht als die Entwickelung zu einer höheren Stufe der Rechtsbildung (wie man wohl die Gütergemeinschaft bezeichnet) betrachtet werden, sondern als eine Ver-

---

S. 415. Man unterscheide natürlich von der Einwilligung des Mannes in die Schuld der Frau einen Auftrag desselben, für ihn zu contrahiren.

18) Richtig Walter a. a. O.

unstaltung, welche unsere Zeit allen Grund hat mit der Rückkehr zu jenem einfachen System zu entfernen[19]).

---

19) Mit richtigem Takte haben auch die beiden größten Civilgesetzbücher Deutschlands das oben geschilderte Gütereinheitssystem im Wesentlichen angenommen, obschon es in ihnen durch mancherlei Zuthaten entstellt wird. Am nächsten kommt unserer Auffassung der von Runde in seiner Monographie über das eheliche Güterrecht ausgearbeitete Entwurf.

VII.

Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Von

R. Jhering.

Eine Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung führte mich zur Untersuchung von Verhältnissen, die mit der Stellvertretung eine gewisse Aehnlichkeit haben und auch nicht selten mit ihr verwechselt sind. Da nun die Lehre von der Stellvertretung neuerdings wiederholt behandelt ist, und ich rücksichtlich ihrer nichts Erhebliches bieten kann, jene anderen Verhältnisse aber einer näheren Betrachtung bisher noch nicht unterzogen sind, sie dieselbe aber nicht blos an sich, sondern auch im Interesse der Lehre von der Stellvertretung durchaus verdienen, so habe ich geglaubt, bei der vorliegende Abhandlung, die ihrem Thema nach auch die Stellvertretung umfaßt, vorzugsweise diese letzteren Verhältnisse ins Auge fassen, rücksichtlich der Stellvertretung aber mich auf das Wesentlichste beschränken zu sollen.

Jener Verhältnisse sind drei:

1) *factische* Mitwirkung bei einem fremden Rechtsgeschäft (der *Gehülfe*; davon handelt der Abschnitt I);

dem Fortschritt der allgemeinen Anschauungsweise des Volks vom Sinnlicheren zum Abstracteren nach und nach seine Bedeutung und Berechtigung, ein Stück nach dem andern fällt ab, und es bleibt schließlich in den meisten Fällen als letzter Kern des Rechtsgeschäfts nur noch der ganz abstracte Wille, der in beliebiger Form geäußerte Entschluß. So im römischen, so auch im deutschen Rechte.

Aber wenn auch das Recht seine Forderungen nach und nach sehr ermäßigt hat, und dadurch der juristische Kern des Rechtsgeschäfts ungleich kleiner und abstracter geworden ist, so erscheint dasselbe doch im Leben regelmäßig in vollerer Form. Auf jener früheren Stufe pflegt bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts kaum etwas mehr vorzukommen, als was rechtlich nothwendig war; die juristisch vorgeschriebene und die factische Erscheinungsform deckten sich hier regelmäßig, weil erstere, die auf gewohnheitsrechtlichem Wege aus letzterer hervorgewachsen war, Alles in sich schloß, was factisch irgendwie zur Realisirung des intendirten Zwecks geboten erschien [3]). So dürfen wir z. B. annehmen, daß die Rechtsgeschäfte des älteren römischen Rechts, die mancipatio, das testamentum per aes et libram, die stipulatio in den meisten Fällen auch factisch nichts mehr enthielten, als was juristisch nothwendig war. Aber bei der stipulatio gesellte sich doch schon früh im Leben zu dem juristischen Element ein nicht juristisches hinzu, nämlich das schriftliche Aufzeichnen derselben, und wurden zu ihr gar Zeugen zugezogen (die bei den andern beiden Geschäften zum Thatbestande derselben gehörten), so war die Erscheinungsform derselben factisch ungleich voller, als das Recht sie erforderte.

3) Man denke z. B. an das Ergreifen der Sache, die Zeugen und die Wagschaale bei der mancipatio.

Bei der Stipulation, die an eine ganz bestimmte Form geknüpft war, machte die Unterscheidung des juristischen und factischen Elements keine Schwierigkeit. Anders aber bei den formlosen Rechtsgeschäften des neueren römischen Rechts, namentlich der Tradition, den Consensual- und Realcontracten, und zwar gerade wegen dieser ihrer Formlosigkeit. Abgesehen nämlich von dem Apprehensionsact bei der Tradition genügte bei ihnen allen die bloße Thatsache der Willenserklärung, oder der Entschluß und die Aeußerung. Da aber die Formen der Aeußerung so unendlich mannigfaltig sind und im einzelnen Fall ungleich voller, breiter, gedehnter sein können, als absolut nothwendig wäre, so entsteht hier leicht die Gefahr, ein rein factisches Element der Aeußerung für ein juristisches zu halten.

Die Unterscheidung zwischen den juristischen und factischen Elementen eines Rechtsgeschäfts hat nun für den Fall, daß außer den eigentlichen Subjecten desselben keine dritte Personen concurriren, kaum ein praktisches Interesse. Allein so wie eine solche Concurrenz Statt findet, wird jene Unterscheidung nöthig, um den Charakter der Mitwirkung dieser Personen zu bestimmen. Auf dieser Unterscheidung beruht der ganze Begriff der Stellvertretung, denn der Stellvertreter unterscheidet sich vom Gehülfen eben dadurch, daß seine Mitwirkung am Rechtsgeschäft juristischer Natur ist[4]). Mit der allgemeinen Unterscheidung zwischen juristischer und factischer Theilnahme ist es aber nicht gethan, sondern es kömmt darauf an, dieselbe im

4) Wie Noth es thut, diese Bemerkung zu betonen, zeigt das Beispiel eines neuern Schriftstellers über die Stellvertretung, der von einer Stellvertretung „in Geschäften, die keine Rechtsgeschäfte sind," spricht und bei dem Taglöhner, der auf fremdem Grund und Boden arbeitet, Alles findet, was zu einem Stellvertreter gehört.

Einzelnen durchzuführen, um sie zur rechten Klarheit zu erheben, und dies soll rücksichtlich der factischen Theilnahme jetzt versucht werden.

Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts macht nicht selten eine physische Mitwirkung dritter Personen nothwendig. Der Hauptfall ist der eines Abschlusses desselben unter Abwesenden, und gerade für diesen Fall liegt die oben angedeutete Gefahr einer Verwechselung am nächsten, allein er ist keinesweges der einzige; das Bedürfniß einer derartigen Dienstleistung kann auch bei einem Contrahiren unter Anwesenden vorhanden sein. Beispiele dafür gewähren die Zuziehung eines Dollmetschers, der den Austausch der beiderseitigen Erklärungen vermittelt, desjenigen, der die Verhandlungen der anwesenden Parteien leitet, aufzeichnet, das Vertragsinstrument, Testament u. s. w. niederschreibt, des Dieners, der in Gegenwart des Herrn die Sache in Empfang nimmt, des Ladendieners, der die Waare wiegt, mißt, abschneidet u. s. w. In allen diesen Fällen schließen die Parteien selbst das Geschäft ab, und die Dienstleistung der zugezogenen Person ist eine rein physische. Dies gilt auch von dem angegebenen Beispiel der Tradition. Tradirt wird hier dem Herrn, nicht dem Diener als Stellvertreter desselben. Denn ein Ergreifen der Sache ist bekanntlich für die Beschaffung des Traditionsactes nicht erforderlich, noch weniger aber ein Mitnehmen der Sache, folglich vertrat der Diener den Herrn hier nicht rücksichtlich einer nothwendigen, d. i. juristischen, sondern einer bloß factischen Handlung.

Was nun den andern Fall anbetrifft, Abschluß des Rechtsgeschäfts unter Abwesenden, so hat die factische Dienstleistung dritter Personen hier vorzugsweise zum Gegenstand das Ueberbringen einer Willenserklärung oder einer Sache. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß so wenig wie

der Briefträger, der den Brief mit dem Accept überbringt, oder der Telegraphenbeamte, durch dessen Vermittelung der Vertrag auf telegraphischem Wege zu Stande kommt, ebensowenig auch der Bote, dem der Brief, so zu sagen, in gesprochenen statt in geschriebenen Worten eingehändigt ist, keinen Antheil am Rechtsgeschäft erhält[5]). Seine Function ist die Dienstleistung eines Sprachrohres, durch das die Parteien mit einander communiciren und selbst den Vertrag abschließen[6]); ebenso dient ein Secretär oder der Correspondent eines Kaufmanns bloß als Schreibmaschine. Sie sind nichts als communicative Instrumente und bleiben dem Rechtsgeschäft völlig fremd. Darum kömmt auf ihr Wissen und Nichtwissen, bona und mala fides und auf ihr Verständniß der Worte, die sie sprechen oder schreiben, nichts an, und darum können sie auch nie aus dem Rechtsgeschäfte verpflichtet werden. Allerdings ist es möglich, daß diese Personen durch die Art und Weise, wie sie bei Ausrichtung ihres Auftrags verfuhren, verpflichtet werden, allein einen Antheil am Rechtsgeschäft gewinnen sie auch dadurch nicht, vorausgesetzt natürlich, daß sie die Handlung in der ihnen aufgetragenen Qualität verrichteten, also z. B. der Secretär, das Dienstmädchen nicht in eignem Namen den Contract abschloß, sondern nur die angebliche Bestellung ihres Mandanten ausrichtete. In ersterem Fall sind sie natürlich an den Vertrag gebunden, weil sie ihn für sich selbst abgeschlossen haben. Allein wie

5) Ministerium tantummodo praestare videtur l. 15 de pec. const. (13. 5).

6) Daher wird das contrahere per nuncium mit dem per epistolam zusammengestellt, z. B. l. 2 pr. de pact (2. 14) l. 1 § 2 de cont. emt. (18. 1.) l. 2 § 2 de O. et A. (44. 7).

in dem zweiten Fall, wenn sie die Bestellung zwar in der ihnen aufgetragenen Qualität, aber dem Inhalt nach, sei es absichtlich oder irrthümlicherweise, verkehrt ausrichteten? Daß der Mandant nicht haftet, versteht sich von selbst, denn das Gesagte oder Geschriebene rührte nicht von ihm her. Eine Verpflichtung desselben wäre nur dann anzunehmen, wenn das Gesetz ihn (ähnlich wie den Principal für die Versehen des institor) schlechthin für die Aeußerungen jener Personen verantwortlich gemacht hätte, was aber unser gemeines Recht nicht gethan hat. Selbst also wenn eine culpa von seiner Seite concurrirt, z. B. ein Kaufmann bedient sich eines höchst zerstreuten oder mitunter geistesabwesenden Correspondenten, würde ein Anspruch gegen ihn sich nicht deduciren lassen. Denn da der Contract als solcher ihn nicht bindet, so könnte von einer contractlichen culpa nicht die Rede sein, die außercontractliche culpa aber verpflichtet bekanntlich nur dann, wenn sie positiver Art ist, unter den Gesichtspunkt eines damnum injuria datum fällt[7]). Rücksichtlich der Frage, ob der Schreiber oder Bote hafte, ist zunächst zweifellos, daß der Vertrag als solcher

---

7) Ob sich nicht eine Erweiterung der Grundsätze über die culpa anempfehle, ist eine andere Frage. Der Kaufmann trägt seinem Correspondenten auf, 100 Centner irgend eines Artikels zu bestellen, und der Correspondent schreibt 100,000, die der Adressat in Folge dessen aufkauft und übersendet; oder der Kaufmann selbst begeht nachweislichermaßen diesen Schreibfehler, oder schreibt so undeutlich, daß der Adressat die 100 für 100,000 halten konnte. Nach römischem Recht kann er die Annahme verweigern, denn der Consens ging nicht auf die 100,000, und eine aquilische culpa liegt nicht vor; er könnte mithin die Folgen seiner eignen culpa auf den unschuldigen Gegner wälzen. Das ist ein Resultat, das jedem Rechtsgefühl Hohn spricht, und das doch derjenige, der sich hier streng ans römische Recht halten will, schwerlich wird abwenden können.

ihn nicht bindet, denn er hat ihn gar nicht abgeschlossen, weder für sich, noch für den Herrn. Von einer Haftung kann nach römischem Recht nur die Rede sein, wenn er doloser[8]) Weise den Auftrag falsch bestellte; im Fall einer culpa haftet er nur seinem Mandanten, Dienstherrn u. s. w., insofern Letzterer durch das Versehen beeinträchtigt worden ist. Der andere Contrahent, zu dem er in keinem Mandatsverhältniß stand, würde ihn rücksichtlich des Schadens, den er durch das Versehen desselben erlitten (z. B. nutzlose Verpackungs- und Versendungskosten), nur in Anspruch nehmen können, wenn man hier ein damnum injuria datum annähme. Unsere Quellen kennen zwar eine so weite Ausdehnung dieses Begriffs nicht, allein ich glaube, daß man sie, wenn man sich nicht mit den einfachsten Forderungen der

8) Ich sage nicht: wissentlich, denn er kann den Auftrag wissentlich fälschen, ohne daß er in dolus ist, z. B. indem er glaubt, dem Interesse des Herrn zu entsprechen, wenn er mehr oder etwas Anderes bestellt. Hier liegt nur eine culpa vor l. 8 § 10 mand. (17. 1) l. 7 § 7 de dolo (4. 3) l. 11 § 3 de fals. tut. (27. 6) l. 5 pr. de serv. corr. (11. 3) und zwar wiederum eine, für die er nach römischem Recht dem dritten Contrahenten (da und insofern er zu ihm in keinem Mandatsverhältnisse steht) nicht zu haften hätte. Es gilt von ihr die gleich folgende Bemerkung im Texte. Die Frage von der culpa des Boten ist in der Literatur, so viel mir bekannt, noch nicht behandelt. Nur Thöl, Handelsrecht B. 1. § 25 a. E. (Aufl. 3. S. 104 unten) hat die kurze Bemerkung: „der Nuntius steht kraft der act. doli für das Interesse ein, wenn der Wille des Principals ihm nicht so, wie er ihn mittheilt, mitgetheilt worden ist." Allein woher die actio de dolo, wenn keine dolose Absicht vorliegt? Ich stimme Thöl vollkommen darin bei, daß der Nuntius haften muß, allein wenn wir für diese Haftung einen juristischen Anhaltspunkt suchen, so scheint mir das damn. injuria datum, der Gesichtspunkt eines culpos angestifteten Schadens doch näher zu liegen, als eine act. de dolo, bei der man vom wesentlichsten Requisit dieser Klage, der dolosen Absicht, abstrahirte.

Billigkeit in den schroffsten Widerspruch setzen will, kann wird umgehen können.

Ein anderer sehr häufiger Fall der hier in Rede stehenden Dienstleistung ist die Mitwirkung zum Zweck der Beschaffung einer Tradition unter Abwesenden. Rücksichtlich ihrer ist zu unterscheiden, ob sie für den Tradenten oder den Empfänger erfolgt, denn sie trägt in beiden Fällen einen ganz verschiedenen Charakter. Wie oben bereits bemerkt, so erfordert die Tradition von Seiten des Tradenten nichts weiter, als die Willenserklärung, nicht aber eine physische Uebergabe der Sache oder nur einmal Gegenwart bei derselben. Wenn also der Tradent die Sache durch einen Andern überbringen, abliefern oder sie bei ihm in Empfang nehmen läßt, so nimmt nicht Letzterer, sondern er selbst die Tradition vor, denn dies reale Abliefern war, wie S. 274 gezeigt, eine völlig überflüssige Handlung. Factisch kann immerhin das Ueberbringen nöthig gewesen sein, um die Apprehension von Seiten des Empfängers zu vermitteln, allein factisch nothwendig ist auch die Dienstleistung des Boten bei Abschluß eines Vertrags unter Abwesenden, ohne daß sie dadurch für das Rechtsgeschäft eine juristische Bedeutung erhielte. So gut wie der eine Contrahent statt des Boten einen abgerichteten Papagei hätte schicken können, hätte er sich statt des Bedienten, Briefträgers u. s. w., durch den er das Packet, den Brief überbringen läßt, eines dressirten Hundes, einer Brieftaube u. s. w. bedienen können. Das Ueberbringen ist also etwas durchaus Physisches, und das Abliefern ist nicht anders zu beurtheilen; zum Zweck der Uebertragung des Besitzes auf den Empfänger ist lediglich eine Thätigkeit des Letzteren erforderlich — ob er der Brieftaube den Brief abnimmt, oder ob der Bediente ihm denselben abliefert, steht sich juristisch völlig gleich, in beiden Fäl-

len tradirt der Abwesende in demselben Moment, wo der Empfänger den Apprehensionsact vornimmt. Daraus folgt denn, daß bei Eingehung eines Realcontractes der Ueberbringer der Sache ebenfalls nur die Bedeutung eines Boten hat. Hinsichtlich des Depositums ist dies in den Quellen ausdrücklich anerkannt[9]), hinsichtlich der übrigen Realcontracte ist es aber nicht minder unzweifelhaft, immer natürlich vorausgesetzt, daß der Bote in dieser Qualität handelte, also z. B. die Sache, die er für seinen Herrn auf das Leihhaus bringen soll, nicht etwa auf eigenen Namen versetzt, denn in diesem Fall hat er selbst den Pfandcontract abgeschlossen[10]). Beim Darlehn haben die Römer dem Begriff des Boten eine so weite Ausdehnung gegeben, daß selbst die Handlung eines wirklichen Stellvertreters unter den Gesichtspunkt eines Boten gebracht wurde. Es ist bekannt, daß das römische Recht demjenigen (A), in dessen Namen ein Anderer (B) einem Dritten (C) eigenes Geld zum Darlehn giebt, die Klage aus dem Darlehn zugesteht[11]) und zwar nicht als utilis, sondern als directa actio. Es war dies eine Singularität, eine Abweichung von den Grundsätzen über die Stellvertretung, was sich auch die römischen Juristen nicht verhehlt haben. Der B handelte hier nämlich als eigentlicher Stellvertreter, er selbst tradirte, denn das Geld gehörte ihm, seine Handlung war also nicht eine rein phy-

---

9) l. 1 § 11 Depos. (16. 6) ... cum eo vero, qui receperit, depositi, d. h. das Depositum ist unmittelbar zwischen Deponenten und Depositar zu Stande gekommen, der Ueberbringer fungirte also nicht als Stellvertreter.

10) l. 1 § 11 Depos. cit. si vero tuo nomine receperit ... ille tibi depositi.

11) l. 9 § 8 l. 15 R. Cr. (12. 1) l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) verb: Plane. l. 35 § 2 de donat. (39. 5)

sische, wie die des Boten, sondern eine juristische, und zwar, da sie im Namen eines Andern vorgenommen ward, die eines Stellvertreters. Es hätte hier also Letzterem die actio directa zustehen müssen, dem A aber hätte man höchstens eine act. util. einräumen können. Diese Behandlungsweise hat nun das römische Recht in der That bei den übrigen Realcontracten eintreten lassen, und erst Diocletian gab für den Fall eines von einem unbeauftragten Stellvertreter auf fremden Namen abgeschlossenen Depositums oder Commodats die actio utilis [12]), allein beim Mutuum ist sie von jeher verlassen. Ich erkläre mir diese Abweichung in folgender Weise [13]). Daß man das zum Darlehn bestimmte Geld durch einen Andern übersenden könne, daran werden die Römer auch zur Zeit, als sie an der Unzulässigkeit einer Stellvertretung noch mit äußerster Strenge festhielten, keinen Anstoß genommen haben, denn der Ueberbringer fungirte ja gar nicht als Stellvertreter, sondern nur als Bote. Brauchte man die verkaufte Sache oder die geschuldete Summe nicht in eigner Person zu überbringen, um selbst den Act der Zahlung vorzunehmen, konnte man also bei dem dare solvendi causa das physische Ueberbringen von jeher einem Gehülfen überlassen, so mußte dasselbe auch beim dare credendi causa gelten. Gab man dies aber einmal zu, so gelangte man mit Nothwendigkeit zu dem obigen Satz. Denn wollte man ihn

12) l. 8 Cod. ad exhib. (3. 42) . . . nullam . . actionem stricto jure habere, utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

13) Ich habe diese Ansicht zwar bereits in der im Druck befindlichen zweiten Abth. des zweiten Bandes von meinem Geist des römischen Rechts S. 351 ausgesprochen, allein da das Erscheinen dieser Schrift sich noch einige Zeit verzögern wird, kann ich hier nicht auf das dort Gesagte verweisen.

vermeiden, d. h. wollte man dem A nur dann die Klage einräumen, wenn der B wirklich sein Bote, nicht aber, wenn er sein Stellvertreter gewesen, so hätte man dem A die Klage auch dann absprechen müssen, wenn der B statt der ihm eingehändigten Geldstücke andere abgeliefert hätte, weil in diesem Fall ja die Geldstücke nicht aus dem Eigenthum des A, sondern aus dem des B in das des C übergegangen waren, mithin hier, selbst wenn die Hingabe im Namen des A erfolgt war, doch nicht der A, sondern der B der wahre Geber gewesen war. Man hätte also, wenn man die strenge Consequenz hätte aufrecht erhalten wollen, dem A den Beweis auferlegen müssen, daß der B dieselben Geldstücke, die ihm eingehändigt waren, auch wirklich abgeliefert habe. Dieser Beweis der Identität der Geldstücke oder allgemeiner der fungiblen Sachen war aber ein unmöglicher, an ihm hätte jede Darlehnsklage scheitern müssen. Darum mußte man mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der fungiblen Sachen beim Darlehn eine Ausnahme machen, die für die übrigen Realcontracte, bei denen eine solche Rücksicht nicht vorlag, weil die Schwierigkeit des Beweises der Identität bei nicht fungiblen Sachen ungleich geringer ist, nicht geboten war. Ueberhob man aber einmal den A jenes Beweises der Identität, so blieb als Beweisthema nur übrig, daß B in seinem, des A, Namen dem C zum Zweck eines Darlehns Geldstücke abgeliefert habe. Nun hätte man immerhin die Frage von der Identität der Geldstücke dem Schuldner zum indirecten Gegenbeweis nachlassen können, so daß also, wenn er z. B. in dem angenommenen Fall die Verwechselung der Geldstücke durch den Boten nachwies, der A mit der Klage hätte abgewiesen werden müssen. Allein mit Recht schloß man auch diese durch kein praktisches Interesse gebotene

strenge Consequenz aus. In den meisten Fällen hätte auch der Schuldner den Beweis nicht erbringen können, und sein ganzes darauf fundirtes Vorbringen konnte nur als eine Chikane erscheinen. So kam man denn zu dem Satz: zu dem Beweis des Darlehns genügt der Beweis der Ablieferung des Geldes im Namen des Klägers, die Frage, ob die Geldstücke ihm gehörten und ob der Zahlende Bote oder Stellvertreter war, kann gar keinen Gegenstand der Verhandlung bilden, sie ist durch eine praesumtio juris et de jure erledigt, das Eigenthum des Klägers an den Geldstücken und die Qualität der Mittelsperson als Bote wird nicht blos präsumirt, sondern fingirt. Entschloß man sich einmal, den Boten, selbst wenn er das Geld verwechselt hatte, nichtsdestoweniger als Boten anzusehen, legte man also bei ihm kein Gewicht auf den Umstand, ob er eigenes Geld oder das des A abgeliefert hätte, so mußte man dasselbe auch bei jedem Andern thun, der im Namen des A ein Darlehn gab, z. B. dem Schuldner oder Geschäftsführer des Darleihers, kurz man mußte Jeden, der in dieser Weise Geld ablieferte, juristisch als Boten charakterisiren. Derselbe Satz gilt auch für Zahlungen; juristisch zahlt hier der, in dessen Namen sie geleistet wird, die Mittelsperson aber, möge sie in Wirklichkeit Bote oder Stellvertreter gewesen sein, gilt juristisch stets als Bote [14]). Nur insofern hat dieser Satz bei Zahlungen noch eine weitere Ausdehnung erlangt als bei den Realcontracten, als er bei ihnen meines

---

14) Die Fiction, daß der Zahlende Bote des Schuldners gewesen, wird bis zu dem Grade durchgeführt, daß selbst der entgegenstehende Wille des Schuldners nicht in Betracht kommt (alium pro alio solvere posse vel invito debitore), und daß bei einer indebiti solutio nicht dem Zahlenden, sondern dem vermeintlichen Schuldner die cond. indeb. zugestanden wird. l. 53 de cond. ind. (12. 6).

Wissens nicht auf fungible Sachen beschränkt ist, eine Verschiedenheit, die sich übrigens wohl begreift.

Wir nehmen jetzt den Faden der früheren Darstellung wieder auf, und zwar verbleibt uns noch die Frage, ob vom Holen dasselbe gilt, wie vom Bringen und Abliefern, nämlich daß es keine juristische Handlung ist. Es ist nun in Bezug auf diese Frage wohl zu unterscheiden zwischen dem bloßen Holen und dem damit etwa verbundenen Besitzerwerb für einen Andern. Wenn der B für den A eine Sache holt, an der Letzterer bereits den Besitz hatte, so ist dies ebenso wenig eine juristische Handlung, als wenn der A selbst sich dieser Mühe unterzieht, es ist eine bloße Ortsveränderung der Sache ohne alle juristische Bedeutung. Ganz anders hinsichtlich des Besitzerwerbs. Der äußere Akt, durch den derselbe vermittelt wird, die Apprehension ist eine juristische Handlung, da sie die juristische Wirkung des Besitzerwerbes zur Folge hat. Ob A selbst oder für ihn der B diese Handlung vornimmt, ist hierfür vollkommen gleichgültig, im letzteren Fall ist die Dienstleistung der Mittelsperson juristischer Art, sie fällt mithin unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung. Dies erkennt bekanntlich auch das römische Recht an. Es ist daher ungenau, wenn man für dies Verhältniß von einem Boten spricht. Bote ist die Mittelsperson nur, insofern sie holt oder bringt, aber insofern sie apprehendirt, Stellvertreter. Das Holen und Bringen kann auch ein Wahnsinniger oder ein Thier verrichten, wie in dem obigen Beispiele der Hund und die Brieftaube, allein apprehendiren nur eine willensfähige Person [14a]).

Ich will noch einige andere Fälle von Dienstleistungen erwähnen, ohne aber in eine nähere Untersuchung derselben

14a) l. 1 § 9—11 de poss. (41. 2)... et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.

einzugehen. Der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch wird bekanntlich abgewandt, nicht blos, wenn der Berechtigte selbst, sondern auch wenn für ihn ein Anderer die Servitut ausübt. Ist dies uti und frui eine juristische oder blos factische Handlung, oder kömmt es in dieser Beziehung auf eine Unterscheidung an [15])? Die Specification und Occupation sind juristische Handlungen, da sie Eigenthum begründen; ist nun die Dienstleistung des Arbeiters in der Fabrik, der für den Fabrikanten specificirt, und die des Gehülfen eines Fischers, Jägers u. s. w. eine juristische Handlung, d. h. specificirt, occupirt er für den Herrn, ist er Stellvertreter, oder specificirt, occupirt der Herr durch ihn, d. h. ist er Gehülfe? Es scheint mir darauf anzukommen, ob die Mittelsperson allein die Specification, Occupation vornimmt — in diesem Fall ist sie Subject der Handlung, und mithin, insofern die Wirkung derselben unmittelbar dem Principal zufällt [16]), Stellvertreter — oder aber ob sie bloß bei einer Specification, Occupation des Principals hülfreiche Hand leistet — in diesem Fall ist sie bloß Gehülfe. Im ersten Fall würde der Wahnsinn der Mittelsperson die Wirkung der Handlung wie für sie selbst, so auch für den Principal ausschließen, im zweiten Fall nicht.

---

15) Zur Beantwortung der Frage verweise ich auf l. 2 § 1 — l. 7, l. 12 § 5 de usu (7. 8) l. 12 § 2. l. 38, 39 de usufructu (7. 1) l. 5, 6 pr., l. 12., l. 20—24 serv. quemad. am. (8. 6).

16) Das Eigenthum erwirbt der, für den die Specification vorgenommen l. 25, l. 27 § 1, 2 de A. R. D. (41. 1) .. is, cujus nomine factum sit. Daraus folgt aber nicht, daß der Tisch, den der Tischler auf meine Bestellung anfertigt, sofort in mein Eigenthum fällt, denn der Tischler specificirt nicht in meinem Namen, sondern für sich selbst, wenn auch mit der Absicht, um sich dadurch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu ermöglichen. Der Rock, den der Schneider aus meinem Tuch anfertigt, gehört mir, der, den er aus eignem Tuch für mich macht, ihm.

So viel über den Unterschied zwischen juristischen und factischen Dienstleistungen. Worin besteht nun das praktische Interesse desselben? Ich antworte darauf zunächst negativ: der Unterschied bezieht sich nicht auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Leistenden und dem Principal, d. h. die obligatorischen Verhältnisse des Mandats, der Dienstmiethe, des Innominatcontracts u. s. w. reagiren auf diesen Unterschied nicht. Ein Mandat kann ebensowohl auf Vornahme von factischen Dienstleistungen, wie z. B. Bestellen einer Nachricht, Reinigen von Kleidern u. s. w., gerichtet sein, als auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts[17]), und von der negotiorum gestio[18]) und der Dienstmiethe (man denke z. B. an den institor oder an eine Apprehension durch den Bedienten) gilt ganz dasselbe.

Wichtig dagegen wird der Unterschied für die Frage von der Fähigkeit der Mittelsperson. Ist ihre Mitwirkung juristischer Art, so bedarf es auch einer juristischen Fähigkeit derselben, ist sie rein factischer Art, so kömmt es darauf nicht an. So könnte man sich also eines Blödsinnigen bedienen, um durch ihn als Boten einen Contract abzuschließen, eine Sache zu schicken oder holen zu lassen, um durch ihn zu specificiren, occupiren u. s. w., allein er ist unfähig, wie für sich[19]), so auch für uns Besitz zu ergreifen oder als Stellvertreter einen Contract abzuschließen, mithin

---

17) l. 22 de praesc. verb. (19. 5): Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente mandati est obligatio. l. 42 mand. (17. 1): Einziehen von Nachrichten. Man sollte daher die Definition lieber auf unentgeltliche Vornahme von Dienstleistungen, als auf Verrichtung fremder Geschäfte stellen, wenigstens müßte man in den Lehrbüchern, um einem Irrthum vorzubeugen, die Bemerkung hinzufügen, die ich im Texte gemacht habe.

18) l. 10 (contraria actio), 30 (directa actio), de neg. gest. (3. 5). Dahin würde z. B. auch gehören das Auffangen und Verpflegen eines flüchtigen Thieres. l. 10 Cod. de neg. gest. (2. 19).

19) l. 1 § 10. l. 18 § 1 de poss. (41. 2).

auch Institor zu sein [20]). Dasselbe gilt vom Kinde; die bekannte Modification der Besitzunfähigkeit des Kindes rücksichtlich einer demselben gemachten Schenkung [21]) kann ihrem Inhalt nach einem Dritten nicht zu Gute kommen. Die Dienstleistungen dieser Personen haben also lediglich einen physischen Charakter, stehen mit denen eines Thieres auf ganz gleicher Stufe [22]).

Da der physische Diener oder Gehülfe keinen Antheil am Rechtsgeschäft erhält, so folgt daraus ferner, daß das Wissen und Nichtwissen desselben keinen Einfluß auf das Rechtsgeschäft äußert, während rücksichtlich des Stellvertreters, weil er der Handelnde ist, das Gegentheil Statt findet. Ob also z. B. der Correspondent oder Bote weiß, daß die Waare Mängel hat, eine fremde Sache ist u. s. w., schadet dem Principal nichts, und das Gegentheil nützt ihm nichts. Auf dies Verhältniß werden wir die Aeußerungen unserer Quellen zu beziehen haben, welche die Einflußlosigkeit des Wissens der Mittelsperson behaupten [23]), die ent-

20) Der Principal wird also durch einen unfähigen Institor, wenn er als solcher (nicht etwa als Bote) gehandelt hat, gar nicht verpflichtet. Thöl, Handelsrecht B. I. § 27 a. Anm. 2.

21) l. 3. Cod. de poss. (7. 32).

22) Diesen Vergleich machen auch die römischen Juristen bei Gelegenheit eines vom Wahnsinnigen angestifteten Schadens (l. 5 § 2 ad leg. Aq. (9. 2) . . quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut tegula ceciderit.

23) z. B. 2 de litig. (44. 6) . . nam si mandatu (domini emit), etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet. l. 13 de cont. emt. (18. 1). Vergleicht man die letztere Stelle mit der unmittelbar vorgehenden l. 12 ibid. von demselben Juristen Pomponius, in der das richtige Princip aufgestellt wird: personae ementium et vendentium spectari debent, so begreift man kaum, wie sich unsere Interpreten die Benutzung des im Text aufgestellten Gesichtspunktes zur Vereinigung der l. 13 mit den scheinbar widersprechenden Stellen

gegengesetzten aber auf den Fall der Stellvertretung; wir werden später darauf zurückkommen.

II. Juristische Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Erster Fall: neben dem Principal (der Theilnehmer).

Von einer juristischen Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft kann nur da die Rede sein, wo die Handlung des Theilnehmers sich der des Principals in der Weise anschließt, daß beide zusammen genommen ein einziges und zwar dem Principal angehöriges Rechtsgeschäft constituiren. Wer als Bürge oder Correalschuldner sich an der Obligation eines Andern betheiligt, wirkt nicht zu dem Rechtsgeschäft mit, wodurch der Schuldner verpflichtet wird, er schließt vielmehr ein eignes, für ihn selbst Wirkungen äußerndes Rechtsgeschäft ab.

Die einzelnen Momente, wodurch sich das hier zu betrachtende Verhältniß charakterisirt, sind folgende:

1) Die Handlung des Theilnehmers ist juristischer Art, sie erzeugt rechtliche Wirkungen, die ohne sie nicht eingetreten wären. Daraus folgt, daß die allgemeinen Grundsätze über juristische Handlungen auch für sie gelten, namentlich also Handlungsfähigkeit erforderlich ist.

---

entgehen lassen konnten, denn daß in der letztern Stelle der Sklave nicht als „persona ementis“, mithin nicht als Stellvertreter, sondern als Bote gemeint sein kann, folgt ja schon aus l. 12. Welche gekünstelte Interpretation stellt hier z. B. Mühlenbruch, Cession § 13 (Aufl. 3 S. 122) auf! Auf Abschluß durch einen Boten beziehe ich ebenfalls den Schlußsatz der l. 51 pr. de aed. ed. (21. 1) und kann daher mit der Auffassung Buchka's in seiner Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen S. 14 nicht übereinstimmen.

2) Diese Wirkungen treffen nicht ihn, sondern den Principal. Bis soweit stimmt also das Verhältniß mit der ächten oder unmittelbaren Stellvertretung völlig überein; bei beiden nimmt der Dienstleistende eine juristische Handlung vor, und die Wirkungen fallen, ohne ihren Durchgang durch seine Person zu nehmen, sofort dem Principal zu. Der Unterschied beider liegt in dem folgenden Moment.

3) Das Rechtsgeschäft besteht aus zwei Handlungen, der des Principals, wir nennen sie die Haupthandlung, und der des Theilnehmers, der Nebenhandlung; letztere steht zur ersteren in einem Accessionsverhältniß, sie ergänzt, vervollständigt dieselbe, aber sie ist für sie in dem Maße nothwendig, daß das Rechtsgeschäft ohne sie nicht zu Stande kommen kann. Beide Handlungen stehen und fallen mit einander, ist die eine ungültig, so hat auch die andere keine Bedeutung, wenn sie im Uebrigen für sich allein auch durchaus fehlerfrei wäre. Der Ausdruck Haupt- und Nebenhandlung rechtfertigt sich also nur insofern, als man den Principal als das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts bezeichnen darf. Aus dem Accessionsverhältniß folgt aber nicht, daß beide Handlungen in demselben Moment vorgenommen werden oder daß die Haupthandlung der Nebenhandlung vorausgehen müßte; es ist an sich eine Trennung beider und eine Umkehrung dieser immerhin natürlichen Ordnung denkbar, nur versteht es sich von selbst, daß die Existenz des Rechtsgeschäfts erst von dem Moment der Vornahme der letztern Handlung an datirt.

Wir wollen jetzt die einzelnen Fälle, in denen ein solches Verhältniß der Theilnahme vorliegt, aufzählen, und bei dieser Gelegenheit zugleich, soweit es nöthig, eine Anwendung der aufgestellten Grundsätze geben.

1) Die Mitwirkung des gesetzlich nothwendigen Zeugen. Der freiwillig zugezogene Zeuge hat keinen Antheil am Rechtsgeschäft; ob er fehlt oder zugezogen wird, hat auf den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß, sondern nur für den Beweis. Ganz anders beim gesetzlichen Zeugen. Er muß zugezogen werden, wenn das Geschäft rechtliche Existenz gewinnen soll, er gehört zur Solennität des Geschäfts, und insofern könnte man ihn Solennitätszeugen nennen, wenn man sich nicht gewöhnt hätte, den letztern Ausdruck in einem engern Sinn zu nehmen[24]). Der Grund, warum der Gesetzgeber die Zuziehung desselben verordnet hat, wird kaum ein anderer sein, als das Interesse des Beweises; allein dadurch, daß diese Zuziehung zur Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts gemacht ist, erleidet der juristische Charakter des Zeugen selbst eine wesentliche Veränderung. Der freiwillige oder gewöhnliche Beweiszeuge bleibt dem Geschäft völlig fremd, er steht außer demselben, ihm gegenüber; den Inhalt seines Zeugnisses bildet die rein physische Thatsache des Sehens und Hörens. Der gesetzliche Zeuge hingegen nimmt Theil an dem Geschäft, er steht innerhalb desselben, und Gegenstand sei-

24) Ich will die Berechtigung dazu nicht bestreiten, allein man soll sich nur durch den Ausdruck nicht zu dem Glauben verleiten lassen, als ob die Solennität in der besonderen Qualification des Zeugen (z. B. beim römischen Testament: männliches Geschlecht, römische Bürger u. s. w.) stecke, während sie doch in der Nothwendigkeit der Zuziehung einer gewissen Zahl von Zeugen besteht. So könnte also denkbarer Weise eine Frau Solennitätszeugin sein, wenn z. B. zum instrum. quasi publicum über die Intercession der Frauenzimmer oder zur donat. mort. causa Frauenzimmer als Zeugen zugezogen werden dürften, denn auch sie würden hier zur Solennität des Rechtsgeschäfts mitwirken.

nes Zeugnisses ist nicht sowohl die physische Thatsache des Sehens und Hörens, als die seiner eigenen juristischen Mitwirkung. Diese Mitwirkung ist eine Handlung im juristischen Sinn und wird daher ganz nach den Grundsätzen beurtheilt werden müssen, die für letztere gelten. In einem Recht also, das z. B. den Grundsatz ausspräche, daß Zwang eine Handlung nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig mache, würde ein gezwungener Solennitätszeuge gar nicht als solcher gelten können [25]), während die Beweiskraft eines bloßen Beweiszeugen durch den Zwang nicht alterirt würde, da seine Assistenz bei dem Geschäft eine rein physische war, der Zwang aber die bloße Sinneswahrnehmung nicht ausschließt.

Der nothwendige Zeuge unterscheidet sich also dem Bisherigen nach dadurch vom freiwilligen, daß er Theilnehmer am Rechtsgeschäft ist. Aber die Art dieser Theilnahme erfordert noch eine nähere Bestimmung, um sie zu den folgenden Fällen in Gegensatz zu bringen. Nach dieser Seite hin liegt nun das unterscheidende Merkmal in dem Moment, welches beiden Arten der Zeugen gemeinsam ist, nämlich darin, daß die Function beider in einer bloßen Assistenz, in einem passiven oder receptiven Verhalten besteht. Den Charakter einer Handlung gewinnt dieses receptive Verhalten bei dem gesetzlichen Zeugen dadurch, daß er sich entschließt, der an ihn gerichteten Aufforderung zur Theilnahme (rogatio) [26]) Folge zu leisten, während bei dem freiwilligen

---

25) Rücksichtlich des Testamentszeugen erkennt das römische Recht diese Wirkung des Zwanges ausdrücklich an. l. 20 § 10 qui testam. (28. 1), und dasselbe wird man bei jedem Solennitätszeugen annehmen dürfen.

26) Diese Aufforderung ist durchaus nothwendig, sie ergiebt sich aus dem Begriff der Theilnahme, welche letztere nicht denkbar ist,

Zeugen weder eine Aufforderung, noch eine Annahme derselben nöthig ist.

2) Die Mitwirkung des Vormundes zu dem Rechtsgeschäft des Mündels durch Ertheilung seiner Zustimmung (tutoris auctoritas und consensus curatoris). Soweit diese Zustimmung überhaupt erforderlich ist, gilt das Geschäft nicht ohne dieselbe, die Ertheilung derselben gehört also mit zum Thatbestande des Geschäfts und muß mithin von dem bewiesen werden, der die Existenz desselben behauptet. So verschieden nun im Uebrigen die Stellung des Tutors und Curators ist, so hat dies doch auf das vorliegende Verhältniß keinen Einfluß, beide gelten als Theilnehmer an der Handlung des Mündels. Bei dem Tutor aber prägte man diesen Gesichtspunkt auch äußerlich in den Formen der Ertheilung der tutoris auctoritas aus; sie konnte der Handlung des Pupillen nicht vorausgehen, sondern mußte ihr nachfolgen und zwar sofort [27]). Der Consens des Curators wird freier behandelt, er konnte nach und folglich gewiß auch vor dem Geschäft des Curanden ertheilt werden. Heutzutage ist diese rein formelle Verschiedenheit beseitigt; ob der Tutor einen vom Pupillen einseitig abgeschlossenen Kaufcontract sofort oder erst später genehmigt, ist völlig gleichgültig, nur versteht es sich von selbst, daß im letztern Fall die Existenz des Geschäfts erst vom Moment der ertheilten Genehmigung datirt, denn da die Einwilligung des Tutors

---

wenn nicht der Principal die Zeugen durch eigene Thätigkeit, so zu sagen, in den Kreis des Rechtsgeschäfts aufnimmt. Ob sie ausdrücklich oder stillschweigend geschieht, ist natürlich hier, wie überall, gleichgültig.

27) § 2 J. de auct. tut. (4. 21) . . statim in ipso negotio; . . post tempus vero . . nihil agit.

zum Thatbestande des Geschäfts gehört, so kann dieselbe keine rückwirkende Kraft haben (so wenig wie der Eintritt einer conditio juris), das Geschäft nicht schon zu einer Zeit angenommen werden, wo der Thatbestand desselben noch nicht vorhanden war. Daraus folgt denn, daß die Handlung des Pupillen, die für sich allein gar keinen Bestand hatte, so anzusehen ist, als ob sie im Moment der Genehmigung vorgenommen oder wiederholt worden wäre, in ähnlicher Weise wie bei der Bestellung einer Servitut durch mehrere Miteigenthümer, die der juristischen Auffassung nach ebenfalls ein einziges Rechtsgeschäft ist und ursprünglich auch äußerlich durch einen Akt bewerkstelligt werden mußte, die successive Vornahme der Bestellung von Seiten der einzelnen Eigenthümer unter den Gesichtspunkt gebracht wird: cum postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur, sed perinde habetur, ac si cum postremus cedat, omnes cessissent. l. 18 Comm. praed. (8. 4). Man kann darüber streiten, ob dasselbe auch rücksichtlich des Consenses des Curators anzunehmen sei. Es wäre nämlich eine andere Behandlungsweise allerdings denkbar, diejenige nämlich, welche bei der ächten Ratihabition eintritt. Ein von vornherein nichtiges Geschäft kann nicht ratihabirt werden, es ist juristisch noch nichts vorhanden, was durch die Ratihabition aufrecht erhalten werden könnte; unter dem Schein einer Ratihabition des alten Geschäfts verbirgt sich hier in der That nur der Abschluß eines neuen Geschäfts mit demselben Inhalt, und will man hier einmal von einer Ratihabition sprechen, so sollte man sie nur die unächte nennen [28]). Darum

28) l. 65 § 1 de rit. nupt. (23. 2) l. 10 § ad S. C. Trebell. (36. 1) l. 4 § 6 de off. proc. (1. 16). Savigny, System IV. S. 555 fl. Die Bestimmung Justinian's in l. 25 Cod. de don. i. vir. (5.

kann hier auch von keiner rückwirkenden Kraft die Rede sein; sie würde den logischen Widerspruch involviren, daß das Geschäft bereits zu einer Zeit existirt hätte, wo der Thatbestand desselben noch nicht völlig vorlag. Dies Verhältniß ist also dem eben betrachteten der nachfolgenden Ertheilung der tutoris auctoritas ganz homogen, bei beiden datirt die Existenz des Geschäfts erst vom jetzigen Moment an und zwar aus demselben Grunde juristisch-logischer Nothwendigkeit. Ganz anders bei der ächten Ratihabition. Sie nämlich begründet nicht erst das Rechtsgeschäft, letzteres war vielmehr bereits vorhanden, aber behaftet mit einem Mangel, nnd die Ratihabition bezweckt eben die Beseitigung dieses Mangels. Der Gezwungene kann das erzwungene Geschäft hinterher ratihabiren, denn es bestand bereits, hingegen ein im Zustande völliger Bewußtlosigkeit abgeschlossenes Geschäft läßt sich nicht ratihibiren, denn es existirte juristisch gar nicht, es gelangt erst jetzt zur Existenz, die Ratihabition ist hier also nur eine Form für den jetzigen Abschluß des Geschäfts. Eben aber weil bei der ächten Ratihabition das Geschäft bereits ursprünglich existirt hat, und der Einfluß derselben nur darin besteht, einen Anfechtungsgrund oder einen Mangel in seiner Wirksamkeit zu beseitigen, darf man hier von einer rückwirkenden Kraft sprechen, denn jetzt, wo der Mangel beseitigt ist, ist es in der That so gut, als ob derselbe niemals bestanden hätte. Die rückwirkende Kraft hat keine weitere Bedeutung, als die Frage vom Datum des Geschäfts zu bestimmen[29]).

16) erscheint mir daher als eine Singularität, die auf Schenkungen unter Ehegatten zu beschränken ist. Die römischen Juristen hatten auch hier die richtige Ansicht, s. z. B. l. 1 § 2. l. 4 pro don. (41. 6).

29) Ein Gesichtspunkt, dessen nähere Durchführung ich mir für eine spätere Gelegenheit vorbehalte.

Nun wäre es, wie gesagt, denkbar, daß die positiven Rechte die fehlende Einwilligung des Curators zu einem Rechtsgeschäft des Minderjährigen, das überhaupt dieser Mitwirkung bedürfte, als einen bloßen Mangel betrachtet hätten. In diesem Fall würde das Rechtsgeschäft bereits vor dieser Einwilligung juristisch existiren, und die spätere Einholung derselben würde nach Art der ächten Ratihabition wirken, so daß also als Datum des Geschäfts der Tag des Abschlusses durch den Minderjährigen betrachtet werden müßte, was für manche Verhältnisse z. B. den Anfangspunkt der Usucapion, die Klagverjährung u. s. w. sehr wichtig werden könnte. So aufgefaßt dürften wir die Einwilligung des Curators als Requisit der Wirksamkeit des Geschäfts bezeichnen; die der Einwilligung des Tutors hingegen als Requisit der Existenz desselben. So viel mir bekannt, bieten uns unsere Quellen weder eine directe Entscheidung dieser Frage, noch einmal einen festen Anhaltspunkt zur Beantwortung derselben dar. Am meisten dürfte sich hier wohl die Ansicht empfehlen, daß der Consens des Curators in dieser Beziehung der tutoris auctoritas gleichzustellen ist, und zwar wegen der allgemeinen Bestimmung des römischen Rechts, daß die Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften Nichtigkeit begründen soll[30]). Hiernach würde denn alles oben über die tutoris auctoritas Gesagte heutzutage über den Consens des Vormundes schlechthin gelten, so daß also das ohne Vormund abgeschlossene Geschäft das Datum des Tages trüge, an dem die nachträgliche Zustimmung desselben erfolgt ist.

---

30) l. 5 Cod. de leg. (l. 14) ... nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.

3) **Mitwirkung der Obrigkeit bei Rechtsgeschäften der Privaten.** Eine derartige der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige Thätigkeit der Obrigkeit läßt sich nach Verschiedenheit der Fälle bald mit der der gesetzlich nothwendigen Zeugen, bald mit der der Vormünder vergleichen. Sie ist nämlich, wie die jener, bald eine rein receptive, so z. B. bei dem testamentum apud acta conditum oder judici oblatum, dem pignus publicum, der Insinuation der Schenkung u. s. w. und dasselbe gilt von der notariellen Mitwirkung, wo dieselbe gesetzlich vorgeschrieben ist. Es leidet hier demnach alles unter Nr. 1 Gesagte Anwendung, namentlich also würde z. B., da der Notar als Theilnehmer am Rechtsgeschäft juristisch handelt (nicht bloß schreibt), ein gegen ihn ausgeübter Zwang das Geschäft selbst nichtig machen [31]). Mit der Thätigkeit der Vormünder läßt sich die der Obrigkeit dann vergleichen, wenn sie nicht in einer bloßen Beglaubigung, Solennisirung des Geschäfts, sondern in einer Zustimmung, Bestätigung, Autorisation u. s. w. besteht. Es wird nicht nöthig sein, auf den Unterschied derselben von einem andern Fall obrigkeitlicher Thätigkeit aufmerksam zu machen. Wenn die Obrigkeit oder höchste Regierungsbehörde auf Antrag einer Partei eine venia aetatis ertheilt, Vormünder bestellt, eine Inventarisation, eine legitimatio per rescriptum u. s. w. vornimmt, so liegt keine gemeinsame Handlung beider Theile vor, sondern die Behörde handelt allein, und der Antrag der Partei hat bloß die Bedeutung, diese Handlung veranlaßt zu haben. In unserm Verhältniß ist umgekehrt die Partei das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts, die Obrigkeit nimmt, wie bemerkt, ganz die Stellung des

31) Nach Analogie der oben citirten l. 20 § 10 qui testam. (28. 1).

Vormundes ein. Das römische Recht kennt auch dies zweite Verhältniß der obrigkeitlichen Theilnahme, ich erinnere z. B. an die gerichtliche Bestätigung des Vergleichs über hinterlassene Alimente, an das decretum de alienando rücksichtlich der Mündelgüter, an die obrigkeitliche causae cognitio bei der Arrogation eines Unmündigen u. s. w.; das heutige Recht hat noch manche andere Fälle hinzugefügt, z. B. Bestätigung gewisser Verträge der Bauern, der Einkindschaft u. s. w.

Rücksichtlich dieser zweiten Art der obrigkeitlichen Mitwirkung kann die Frage, welchen Einfluß sie auf das Rechtsgeschäft ausübt, kaum zweifelhaft sein. Da nämlich dem Richter hier nicht bloß ein passives Registriren, sondern das Recht einer selbständigen Untersuchung und Entscheidung zugewiesen ist, so läßt sich gar nicht im Voraus mit objectiver Gewißheit bestimmen, ob die Genehmigung erfolgen wird, und selbst wenn dies möglich wäre, ertheilt doch erst der Act selbst dem Geschäft seine juristische Perfection. Vorher also existirt dasselbe noch gar nicht. Dadurch ist aber an sich nicht ausgeschlossen, daß der Vertrag der Parteien nicht schon vorher die Kraft eines pactum de contrahendo haben kann, ja in legislativer Beziehung wäre gegen eine solche Behandlungsweise gar nichts zu erinnern, denn die Garantie gegen eine zu besorgende Uebereilung hat der Gesetzgeber eben in dem freien richterlichen Verwerfungsrecht finden wollen. Erblickt der Richter in dem Geschäft eine Uebereilung oder Uebervortheilung und versagt ihm demgemäß die Bestätigung, so ist das pactum de contrahendo unschädlich, weil unverbindlich, da die stillschweigende Bedingung desselben: „wenn der Richter seine Einwilligung ertheilen wird," nicht in Erfüllung gegangen ist. In dem entgegengesetzten Fall aber, wenn der Richter in dem Geschäft keinen Nachtheil

für die Partei findet, steht auch die Annahme eines vorherigen pactum de contrahendo mit der Absicht des Gesetzgebers nicht in Widerspruch. Wenn der Gesetzgeber auch hier eine Gebundenheit der Partei schlechthin ausschließt, so geht er in der That weiter, als sein Zweck es erfordert. Insofern also eine solche positive Bestimmung nicht im Wege steht, würde ich dem außergerichtlichen Contract der Parteien die Kraft eines bedingten pact. de contrahendo beilegen. Es würde also z. B. bei dem Verkauf einer Sache, für den die gerichtliche Confirmation erforderlich ist, der Käufer von dem Verkäufer die Mitwirkung zum Zweck der Einholung derselben verlangen, im Weigerungsfall aber (insofern nicht ein einseitiger Antrag des Käufers beim Richter ausreicht) eine Klage aus dem pactum de contrahendo erheben können, da die Vereitlung des Eintritts der stillschweigenden Bedingung von Seiten des Klägers nach dem Grundsatz: quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset der Erfüllung der Bedingung gleich steht, und auf diese Weise würde dann die Confirmationsfrage der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden.

Wie man nun auch über diese nur im Vorübergehen berührte Frage denken möge, für die Bestimmung der rechtlichen Natur des richterlichen Confirmationsdekrets ist es völlig ohne Einfluß. Ist nun diese Bestimmung, so wie wir sie oben angegeben haben, richtig, so würde daraus folgen, daß das Geschäft das Datum des richterlichen Dekrets trägt, letzteres also keine rückwirkende Kraft hat. Ich erinnere mich eines Falles, in dem diese Frage praktisch wurde. In Mecklenburg existiren unter den Patrimonialgerichtsherrn gewisse Jurisdictionsverbände. Der Austritt aus denselben durch Kündigung setzt Zustimmung der Regierung voraus,

und zwar muß die Kündigung vor Beginn des Jahres erfolgen, mit dessen Ablauf der Austritt beabsichtigt wird. Ich glaube, daß das Jahr mit dem 1. April beginnt, es soll wenigstens hier angenommen werden. Es hatte nun der A Ende 1843 gekündigt, ohne aber bereits die Zustimmung der Regierung erwirkt zu haben, letztere erfolgte erst im Juni. Hätte dieselbe rückwirkende Kraft, so würde der A für das Jahr 1844 — 45 zeitig genug gekündigt haben, im entgegengesetzten Fall hingegen fiele der Akt der Kündigung in den Lauf dieses Jahres, könnte also erst für das folgende Jahr Wirkung äußern. Es ist mir unbekannt, wie die Gerichte entschieden haben, allein nach dem Obigen halte ich die letztere Ansicht für die allein mögliche. Eine Kündigung konnte erst von dem Moment angenommen werden, wo das gesetzliche Requisit derselben, die Zustimmung der Regierung vorlag, letztere war für sie eine conditio juris, wie z. B. die Eingehung der Ehe für die dos, der Eintritt einer solchen conditio juris hat aber keine rückwirkende Kraft. Ein anderes Beispiel. Ein Minderjähriger, der kurz vor der Gränze der Volljährigkeit steht, verkauft mit Zustimmung des Curators eine unbewegliche Sache, das decretum de alienando trifft aber erst ein, nachdem er volljährig geworden. Ich nehme an, der Kaufcontract ist von der Art, daß eine Restitution dagegen an sich möglich ist. Die Ertheilung derselben hängt hier davon ab, ob der Abschluß des Contracts in die Zeit der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit zu verlegen ist. Nach der von uns aufgestellten Ansicht muß Letzteres geschehen und demnach die Restitution verweigert werden.

Es verbleibt uns schließlich noch ein Fall, in dem wenigstens scheinbar eine Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft vorliegt, nämlich

4) Zustimmung eines Berechtigten, wir wollen der Kürze wegen sagen des Eigenthümers, zur Veräußerung der Sache von Seiten eines Dritten. Der A verkauft dem B eine Sache, die, wie sich noch vor der Tradition herausstellt, dem X gehört. Letzterer willigt ein, daß die Eigenthumsübertragung auf den B erfolge. Wie ist der Antheil, den X an dem Rechtsgeschäft des A und B nimmt, zu bestimmen, liegt hier eine wirkliche Theilnahme an demselben vor oder ist dieselbe nur scheinbar? Unsere Quellen haben die Frage nicht weiter erörtert, aus Ausdrücken wie z. B. donanti consentire (l. 2 Cod. si advers. don. 2. 30), consentire libertati (l. 2 de man. vid. 40. 2), alienationi (l. 165 pr. de R. J. 50. 17) läßt sich nichts entnehmen, und die Bemerkung der l. 160 pr. de R. J. (50. 17): aliud est vendere aliud est vendenti consentire ist zu unbestimmt und, wie sich nachher zeigen wird, auch nicht völlig wahr, denn das vendenti consentire kann die Form eines eigenen vendere sein.

Am gerathensten wird es sein, unsere Betrachtung zunächst einem andern Verhältniß zuzuwenden, bei dem der wahre juristische Sachverhalt weniger verdeckt ist. Der Verpfänder überträgt mit Zustimmung des ersten Pfandgläubigers die Priorität des Pfandes auf einen Nachstehenden. Der Pfandgläubiger willigt in die Veräußerung und damit in den Untergang seines Pfandrechts ein, der Eigenthümer des Sklaven manumittirt mit Zustimmung des Usufructuars oder Pfandgläubigers, Fälle, wie sie z. B. in l. 2, l. 4 § 2 de manum. vind. (40. 2), l. 158 de R. J. (50. 17) u. a. erwähnt werden. In allen diesen Fällen darf man meiner Ansicht nach nicht von einer Mitwirkung an einem fremden Rechtsgeschäft sprechen, es greift hier vielmehr der Gesichtspunkt Platz, der in der l. 4 § 2 cit. mit den Worten: non tam manumittere, quam non impedire manumissionem

21 *

videtur ausgesprochen wird. Die Handlung des Pfandgläubigers und Usufructuars fällt hier unter den Gesichtspunkt eines Verzichts, also eines eignen selbständigen Rechtsgeschäftes, und wenn auch das Motiv derselben immerhin in der Ermöglichung des jenseitigen Rechtsgeschäfts lag, so verändert dies doch nichts an ihrem juristischen Charakter. Der Ausdruck libertati, alienationi consentire ist nur von der äußeren Form hergenommen, in der dieser Verzicht ertheilt wird.

Derselbe Hergang wäre nun auch im obigen Fall möglich, und zwar würde er hier die Gestalt annehmen, daß der X sein Eigenthum auf den A und Letzterer das seinige auf den B übertrüge. Hier käme der X mit dem B in gar keine juristische Berührung, denn begreiflicherweise wird dieselbe nicht schon dadurch hergestellt, daß die Handlung des X nur in der Absicht erfolgt, um das Rechtsgeschäft des A mit dem B zu ermöglichen, oder daß A sofort das von X erworbene Eigenthum wieder auf den B überträgt (denn er überträgt es als das seinige, nicht als das des X). Noch weniger gewährt die bloße Gleichzeitigkeit beider Handlungen einen Grund, um eine innere Verbindung beider anzunehmen. Die Handlung des X trüge hier also denselben selbständigen Charakter, wie im obigen Fall der Verzicht des Pfandgläubigers; was sie im Uebrigen wäre, ob Schenkung oder Verkauf an den A u. s. w., interessirte uns wenig. Ich nehme z. B. an, A hatte von X ein Grundstück gekauft, dasselbe darauf dem B verkauft, mit dem er jetzt auf dem Grundstück erscheint, um es ihm unter Mitwirkung von X zu tradiren. Hier liegen zwei Kaufcontracte vor, die unter sich in keiner Gemeinschaft stehen, und der eine äußere Akt der Tradition an den B würde juristisch in zwei Traditionen, in die des X an den A und die des A an den B zerlegt werden können.

Allein es ist noch eine andere Auffassungsweise möglich, nämlich die, daß das Eigenthum direct vom X auf den B übergeht. Gesetzt, im vorliegenden Fall wäre der A gar nicht bei dem Traditionsakt gegenwärtig gewesen, so würde derselbe auch nicht Besitzer und Eigenthümer geworden sein, insofern man nicht etwa den B als seinen Stellvertreter ansehen wollte, der dann also zuerst für den A Besitz ergriffen und sodann durch eine traditio brevi manu an sich selbst Besitz und Eigenthum erworben hätte[33]). Wäre diese letztere Auffassungsweise nothwendig geboten, um den Uebergang des Eigenthums von X auf B juristisch zu vermitteln, so würde dies manche lästige Consequenzen nach sich ziehen. So müßte z. B. eine doppelte Umschreibung in den Flur- und Lagerbüchern vorgenommen werden, und insofern der A zu den Personen gehörte, die eines gerichtlichen Consenses zur Veräußerung ihrer Liegenschaften bedürften, müßte dieser eingeholt, oder wo das Object der beiden Kaufcontracte eine Emphyteuse wäre, ein doppeltes Laudemium entrichtet werden, u. s. w. Allein dieses Umweges bedarf es in der That nicht, vielmehr ist eine directe Uebertragung des Eigenthums von X auf B ohne Durchgang durch die Person des A mit der Wirkung möglich, daß dadurch beide Obligationen erfüllt werden. Man verwechsle nur nicht die zwei Solutionen[34]), die hier erfolgen, mit zwei Traditionen. Eine Solution ist möglich ohne alle Tradition,

33) So faßte nach Ulpian's Bericht in l. 3 § 12 de don. i. V. (24. 1) Celsus die Sache auf, und ebenso in § 13 ibid. Julian.

34) Oder zwei sonstige durch die eine Tradition zu vollziehende Rechtsgeschäfte s. z. B. l. 44 de solut. (46. 3), l. 65 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1).

wie z. B. wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers die Sache in's Wasser wirft oder verbrennt. So gut wie in diesem Falle der Schuldner liberirt wird, ohne daß er die Sache dem Gläubiger tradirt hat, muß er es auch werden, wenn er sie in dessen Auftrage unmittelbar in's Eigenthum eines Andern bringt, für ihn hat also die Handlung die Bedeutung einer Solution, und dieselbe Bedeutung hat sie für seinen Gläubiger, wenn dieser wiederum Schuldner des Empfängers war. Daß nun das römische Recht hier in der That nur eine Tradition annimmt, dafür ist mir zwar keine directe Quellenäußerung bekannt, allein es geht doch indirect aus manchen Stellen klar hervor [35]).

Geht nun das Eigenthum von X in dem Fall, wenn A abwesend ist, direct auf den B über, so hindert nichts, auch im Fall der Anwesenheit des A denselben Hergang zu

---

35) z. B. aus l. 39 de don. i. V. (24. 1); würden hier zwei Traditionen angenommen, so wäre der Mann durch Ablieferung der Sache von Seiten seines Schuldners an die Frau Eigenthümer geworden, was aber nach dieser Stelle nicht der Fall; ebenso aus l. 38 § 1 de solut. (46. 3) und der bekannten l. 49 mand. (17. 1): Servum Titii. Der zweite Fall dieser Stelle ist von den Basiliken an bis auf die heutige Zeit meiner Ansicht nach stets mißverstanden. Er ist folgender. Der X hat dem A einen Sklaven verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem B gehörte. Bevor er ihn tradirt, stirbt A und wird beerbt von B. Letzterer giebt nun, anstatt sich den Sklaven abliefern zu lassen, und ohne von seinem Eigenthum Kenntniß zu haben, dem X Auftrag, denselben auf seine Rechnung anderweitig zu verkaufen. Letzteres geschieht, und X tradirt dem Käufer den Sklaven. Hier hatte also der Mandant das Eigenthum (im Gegensatz zu dem Fall 1 der Stelle, wo der Mandatar es hatte, ohne darum zu wissen); allein die Tradition war gerichtet auf Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des Mandatars (im Fall 1 der Stelle auf Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des Mandanten), folglich ging in beiden Fällen das Eigenthum nicht über. Es ist also der Fall 2 der Stelle derselbe, den Paulus in l. 15 § 2

statuiren. Dies angenommen, würde also statt der scheinbaren Mitwirkung des X am Geschäft des A umgekehrt lediglich ein Geschäft des X vorliegen. X wäre also hier der wahre Tradent, wenn gleich A die Sache dem B in die Hände gäbe. Das Verhältniß zwischen den beiden Personen wäre also das gerade entgegengesetzte von dem, wie es auf den ersten Blick erscheint, denn anstatt daß A Subject des Geschäfts wäre, und X bloß als Theilnehmer zugezogen würde, wäre umgekehrt Letzterer das wahre Subject desselben, und A hätte, obgleich ihm mittelbar gewisse Wirkungen desselben zu Gute kämen (Liberation gegenüber dem B), doch am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil.

Die Richtigkeit dieser Auffassungsweise erhellt, wie ich glaube, in überzeugender Weise aus der l. 38 § 1 de Don. i. V. (24. 1):

> Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset, nam ex tertia parte mulieris res facta non erit, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam

---

de cont. emt. (18. 1) behandelt. Wäre nun bei der Tradition von Seiten des Verkäufers an die ihm vom Käufer bezeichnete Person ein Durchgang des Eigenthums durch die Person des Käufers anzunehmen, so hätte die Entscheidung in beiden Stellen gerade entgegengesetzt lauten müssen, da der Käufer hier der wahre Eigenthümer war. Die von mir vorgetragene Erklärung der l. 49 wird übrigens wohl keiner weiteren Begründung bedürfen, ich provocire getrost auf das Urtheil eines Jeden und auch meines verehrten Freundes von Scheurl, der sich (Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. B. 1 S. 197 fl.) zuletzt an ihr versucht und eine bereits von den Glossatoren aufgestellte, meiner Ansicht nach aber in jeder Weise unhaltbare Auffassung wieder in Schutz genommen hat.

donata esset, ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Würde der Ehemann rücksichtlich der beiden Antheile seiner Brüder, die er hier mit vorheriger oder nachfolgender Einwilligung derselben der Frau geschenkt hat, als Schenker gelten, so wäre die Schenkung derselben nichtig [36]). Da sie aber als gültig betrachtet wird, so geht daraus hervor, daß die beiden Brüder selbst als Subjecte dieser Tradition und Schenkung angesehen werden [37]). Unter der Einwilligung zu dem Geschäft des Andern verbirgt sich hier also ein eigenes Rechtsgeschäft, der Satz: aliud est vendere (donare) aliud vendenti (donanti) consentire ist mithin in dieser Allgemeinheit unrichtig.

Andere Quellenäußerungen über unsere Frage sind mir nicht bekannt. Allerdings berühren die Quellen das Verhältniß selbst mehrfach, z. B. den Fall der Verpfändung [38]) oder des Verkaufs [39]) einer fremden Sache mit Einwilligung der nachfolgenden Genehmigung des wahren Eigenthümers, allein über die juristische Construction desselben sprechen sie sich nicht aus.

Die so eben entwickelte Auffassung ist aber nicht die einzig mögliche, es bleibt vielmehr noch der Gesichtspunkt

---

36) l. 3 § 13 . . . si donaturum mihi jussero uxori meae dare . . nullius esse momenti.

37) Beides ist wohl zu unterscheiden. X kann in unserm Fall, indem er seine Zustimmung ertheilt, sie richten 1) auf den Kaufcontract, um ganz in ihn einzutreten, 2) bloß auf die Tradition, in welchem Fall der Kaufcontract für ihn keine Wirkungen äußert, also z. B. die act. emti wegen Eviction (sei es als directa oder quasi institoria) nicht gegen ihn angestellt werden könnte.

38) l. 20 pr. de pig. act. (13. 7) l. 16 § 1 de pign. (20. 1).

39) l. 4 Cod. pro emt. (7. 26) l. 14 § 4 de divers. temp. (44. 3) l. 19 Cod. de neg. gest. (2. 19) l. 2, 4. 5 Cod. de reb. alien. (4. 51) l. 44 § 1 de usuc. (41. 3).

übrig, den A rücksichtlich des Veräußerungsaktes als Stellvertreter des X aufzufassen. Der Pfandgläubiger, der Generalmandatar, der Vormund übertragen das Eigenthum des Verpfänders, Mandanten, Mündels, ohne daß letztere Personen als Subjecte des Rechtsgeschäfts (d. h. als handelnd) betrachtet, ohne daß ein Durchgang des Eigenthums durch die Person der Ersteren angenommen würde. Dieser Gesichtspunkt ist nun für unser vorliegendes Verhältniß ebenfalls möglich, ja für den Fall der späteren Ratihabition ist er unerläßlich, da der X im Moment der Vornahme des Rechtsgeschäfts demselben noch völlig fremd war, und seine spätere Betheiligung an demselben nur in der Weise erreichbar ist, daß er die Handlung des A als die eines Stellvertreters ratihabirt. Dasselbe Verhältniß aber, welches hier hinterher begründet wird, wird auch von vorn herein möglich sein, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist. Kann der X, ohne in das obligatorische Verhältniß zwischen A und B einzutreten, den A durch Zahlung an den B liberiren, so kann er die zu dem Zweck erforderliche Eigenthumsübertragung wie in eigner Person, so auch durch den A als Stellvertreter vornehmen lassen.

Um das Resultat der bisherigen Erörterung schließlich übersichtlich zusammenzustellen, so kann die hier in Rede stehende Zustimmung des Eigenthümers folgende verschiedene Formen annehmen:

1) X bleibt dem Verhältniß zwischen A und B völlig fremd, d. h. er überträgt das Eigenthum an den A und der A dasselbe an den B.
2) X tritt ganz und gar in das obligatorische Verhältniß ein, d. h. durch seine Genehmigung des von A abgeschlossenen Verkaufs schließt er jetzt selbst mit dem B einen Verkauf desselben Inhalts ab, so daß

der A völlig ausscheidet, oder aber er erkennt den Vertrag des A als den seines Stellvertreters an, so daß A also immer noch als Stellvertreter dem B tenent bliebe.

3) X beschränkt seine Thätigkeit lediglich auf die Tradition, ohne in das obligatorische Verhältniß einzutreten, und zwar nimmt er sie
   a. selbst vor, oder
   b. durch den A als seinen Stellvertreter.

In allen diesen Fällen kann man von einer accessorischen Theilnahme des X am Rechtsgeschäft des A nicht reden, denn im Fall 1 tradirt X nicht dem B, sondern dem A, im Fall 2 tradirt zwar der X an den B, aber nicht neben dem A, sondern allein, im Fall 3 thut es entweder der A oder der X, aber nie Beide zusammen.

So viel Formen für ein einzelnes Verhältniß? höre ich Manchen ausrufen. Gewiß! Es wäre wünschenswerth, weniger zu haben, denn die Wahl zwischen ihnen kann im einzelnen Fall sehr schwer werden. Allein die Theorie kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß die Unterschiede, die sie findet, unbequem sind, wenn dieselben einmal in den Dingen selbst begründet sind. Man erinnere sich, wie viel verschiedene Formen so manche andere Geschäfte annehmen können, so z. B. die Verkaufscommission[40]). Welche von den obigen Formen im einzelnen Fall zur Anwendung kommen soll, ist rein Sache des Willens der Parteien, also quaestio facti. Im absoluten Zweifelsfall würde ich für die dritte präsumiren, da sie gegenüber der ersten die ein-

40) 1) Mandat, 2) Dienstmiethe, 3) Innominatcontract (facio, ut des) 4) Societät, 5) Trödelcontract, 6) Commissionsgeschäft.

fachere ist, gegenüber der zweiten aber diejenige, wodurch der consentirende Eigenthümer am mindesten belastet, dem Consens die geringste Ausdehnung gegeben wird.

Dem Bisherigen nach würde sich also der Fall 4 nicht unter den Gesichtspunct einer accessorischen Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft bringen lassen, die Zahl der Fälle wäre demnach, wenn mir sonst keine entgangen sind, mit den drei oben aufgeführten beschlossen.

Es möge schließlich noch mit zwei Worten das Wesen dieser Art der Theilnahme hier wiederholt werden. Sie charakterisirt sich

1) als eine juristische Handlung.

2) als unerläßliche Ergänzung der juristischen Handlung eines Andern. Darin, daß sie lediglich den Zweck hat, die andere zu ergänzen, liegt, daß sie nur in letzterer Bestand gewinnen kann, also im Fall der Ungültigkeit der letzteren völlig wirkungslos bleibt; darin, daß sie eine nothwendige Ergänzung derselben ist, liegt, daß letztere wiederum ohne sie nicht besteht.

3) durch die Wirkungslosigkeit des gemeinsamen Rechtsgeschäfts für den Theilnehmer. Das Rechtsgeschäft ist nicht das seinige, sondern das des Principals, er selbst gewinnt und verliert durch dasselbe nichts, kömmt in keiner Weise in den Bereich der Wirkungen desselben. Daraus folgt denn, daß, wie immerhin er sich auch bei oder nach Abschluß desselben gerire, darauf zwar eine actio oder exceptio doli gestützt, nie aber ein Anspruch gegen ihn aus dem Rechtsgeschäft selbst erhoben werden kann [41]).

41) So würde also auch, wenn der Tutor seine autoritas zur Tradition einer angeblich dem Pupillen gehörigen Sache ertheilt, selbst

III. Juristische Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.
(2. Der Ersatzmann.)

Das Verhältniß, das wir jetzt zu betrachten haben, hat eine große Aehnlichkeit mit der Stellvertretung und ist daher nicht selten mit derselben verwechselt. Die Aehnlichkeit beider liegt darin, daß bei beiden die Mittelsperson dem Principal die Mühe des eignen Contrahirens abnehmen soll, daß also die Mittelsperson handelt (Unterschied beider vom Gehülfen) und zwar allein handelt, anstatt des Principals, nicht neben demselben (Unterschied beider vom Theilnehmer). Die Verschiedenheit beider aber besteht darin, daß das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft auf den Namen des Principals gestellt wird, die Richtung desselben auf den Principal hier also ein objectives, äußerlich hervortretendes Moment des Geschäfts selbst bildet, während diese Beziehung in dem andern Fall etwas rein Subjectives und Innerliches ist und sodann, was die Wirkungen anbelangt, daß dieselben dort, sei es dem Rechte oder der Ausübung nach, nach gesetzlicher Vorschrift sofort auf den Principal übergehen, hier hingegen in der Person des Ersatzmannes entstehen und fortdauern, die Ueberweisung derselben an den Principal aber nur auf gewöhnlichem Wege durch besondere Rechtsgeschäfte geschehen kann.

So scharf nun demnach beide Begriffe unterschieden sind, so hat man sie doch, wie gesagt, nicht selten verwechselt. Eine Hauptquelle des Irrthums scheint mir die Ungenauigkeit im Gebrauch der Ausdrücke: Mandatar und Stellvertreter

---

dann das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergehen, wenn der Tutor wußte, daß es ihm selbst zustand, aber der Vindication von seiner Seite würde der Empfänger die exc. doli entgegenstellen können.

gewesen zu sein. Wie häufig trifft man dieselben als gleichbedeutend gebraucht, und doch bezeichnen sie selbst da, wo beide Begriffe im einzelnen Fall zusammentreffen, zwei völlig verschiedene Seiten des Verhältnisses. Bei der mandirten Stellvertretung nämlich bezeichnet Mandatar und Mandant das relative Verhältniß zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite des Verhältnisses, Stellvertreter und Principal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber, ihren absoluten Charakter, die äußere Seite des Verhältnisses. Die eine Seite ist für die andere vollkommen gleichgültig und einflußlos, ihr Zusammentreffen ein zufälliges, was am besten daraus hervorgeht, daß es Mandatare giebt, die keine Stellvertreter sind (der Ersatzmann und Mandatar, denen bloß eine physische Dienstleistung aufgetragen ist, s. Note 17) und Stellvertreter, die keine Mandatare sind (z. B. der Vormund, der neg. gest., wenn sie den Vertrag als Stellvertreter und nicht etwa als Ersatzmänner abgeschlossen haben). Jene beiden Seiten verhalten sich also ähnlich zu einander wie der contractus pigneratitius, der sich rein auf das Verhältniß zwischen Pfandbesteller und Pfandnehmer beschränkt, und das Pfandrecht; auch sie können zusammentreffen und ganz aus einander fallen.

Die angegebene Verwechselung der beiden Begriffe: Mandatar und Stellvertreter führte fast mit Nothwendigkeit zu einem gleichen Fehler rücksichtlich des Stellvertreters und Ersatzmannes. Denn wenn auch das Mandat nicht die einzige Form ist, in der der letztere Begriff vorkommt, da z. B. auch der Vormund als Ersatzmann handeln kann, so ist es doch die bei Weitem häufigste. Da aber für gewisse Verhältnisse der eigenthümliche Character des Ersatzmannes der Sache nach zu bestimmt im positiven Recht ausgeprägt

war, als daß man ihn hätte verwischen können, wie z. B. bei der Commanditengesellschaft in der Stellung des Complementars gegenüber den Gläubigern der Handlung, so sah man darin anstatt einer selbständigen und allgemeineren juristischen Form, die mit dem Mandat als solchem nichts zu thun hat, nur eine Abweichung von den Grundsätzen über die Stellvertretung und suchte sie aus der eigenthümlichen Beschränkung des dem Verhältniß zu Grunde liegenden Mandats zu erklären[42]). Es rechtfertigt sich daher wohl die Warnung zur größten Strenge im Gebrauch der beiden Ausdrücke: Mandatar und Stellvertreter.

Ein zweiter Grund, der der obigen Verwechselung gewiß bedeutenden Vorschub geleistet hat, mag darin liegen, daß man sich über das praktische Bedürfniß einer doppelten Form des Abschlusses von Rechtsgeschäften durch eine Mittelsperson nicht ganz klar war. Wenn man will, ist die eine Form unvollkommener, minder wirksam, als die andere, denn durch den Stellvertreter erwirbt der Principal sofort und ohne weiteren Uebertragungsact, durch den Ersatzmann aber nur erst auf Grund eines Uebertragungsactes. Nimmt man nun noch das historische Verhältniß dieser beiden Formen im römischen Recht hinzu, nämlich daß die unvollkommnere Form ursprünglich die einzige war, in der sich das Bedürfniß einer Stellvertretung durch freie, nicht der Gewalt unterworfene Personen befriedigen konnte, und daß erst in späterer Zeit zum Theil aus ihr heraus sich die vollkommnere Form der eigentlichen Stellvertretung entwickelte, so wird der Irrthum, als ob die unvollkommnere Form neben der vollkommneren keinen rechten Sinn mehr habe, um so begreiflicher erschei-

42) S. z. B. das bei Thöl, Handelsrecht B. I. § 42 Note 1 citirte Gutachten von Cropp.

nen müssen. Es wird daher nicht überflüssig sein, uns vor Allem von dem praktischen Interesse, der Brauchbarkeit, ja Unentbehrlichkeit dieser vermeintlich unvollkommeneren Form zu überzeugen.

Ich werfe zuerst einen Blick auf das ältere römische Recht. Da ihm eine wahre Stellvertretung durch freie Personen unbekannt war, so konnte sich das Bedürfniß des Verkehrs nach Stellvertretung, insoweit im einzelnen Fall der directe Weg: durch Hauskinder und Sklaven verschlossen war, nur auf indirectem Wege durch den Ersatzmann befriedigen. Letzterer begründete das intendirte Rechtsverhältniß in seiner Person und übertrug hinterher auf den Mandanten, sei es das Recht selbst, wo dies möglich war (z. B. bei Besitz und Eigenthum), sei es die Ausübung desselben oder wenigstens die gewonnenen praktischen Resultate desselben, also z. B. bei einer Obligation die Klage, seitdem die Proceßprocuratur und damit eine Cession zugelassen worden war, oder was er durch eigene Anstellung derselben erlangt hatte. Da, wo die Vornahme des Rechtsgeschäfts noch an besondere Voraussetzungen in der Person des Subjects gebunden war, z. B. Bestellung einer Servitut an das Vorhandensein des Eigenthums, Anstellung einer Klage an das des geltend zu machenden Rechts in der Person des Klägers, war die Benutzung dieses Umweges noch complicirter, denn hier kam zu der Uebertragung vom Ersatzmann auf den Mandanten noch die Begründung dieser Voraussetzungen in der Person des Ersatzmannes hinzu. Wollte man also z. B. durch ihn eine Prädial-Servitut bestellen oder erwerben lassen, so mußte man ihm das Grundstück mancipiren und es sich von ihm nach Vornahme des Acts zurückmancipiren lassen (fiducia cum amico) [43]. Ebenso wenn man bei einer länge-

---

43) Gaj. II. § 60 nennt als Zweck dieser fiducia: quod tutius

ren Entfernung einem Freunde den rechtlichen Schutz der Seinigen und des Vermögens zuweisen wollte, mußte man dies in der Weise vermitteln, daß man ihm juristisch die eigene Stellung einräumte, d. h. ihm fiduciae causa die manus an der Frau, die patria potestas oder das mancipium an den Kindern und das Eigenthum an dem Vermögen übertrug; formell trat jetzt der Freund in allen Processen, die diese Personen oder das Vermögen betrafen, vermöge eigenen Rechts auf, der Sache nach war er Stellvertreter. Die Acceptilation setzt Gläubigerschaft in der Person des Acceptilirenden voraus, die Vornahme derselben durch einen Andern erforderte daher erst Begründung dieses Requisits; letztere geschah in der Weise, daß die Mittelsperson die Forderung novirte und sodann vermöge des dadurch begründeten eigenen Rechts sie acceptilirte [44]). Bei gewissen Verhältnissen war aber die Begründung der Voraussetzungen in der Person eines Andern unmöglich, und hier fiel daher jene indirecte Art der Stellvertretung hinweg. So z. B. setzte die Antretung der Erbschaft Delation in der Person des Antretenden voraus, diese Voraussetzung ließ sich aber bei der testamentarischen Erbfolge nicht auf einen Andern übertragen.

Das neuere römische Recht ließ nun bekanntlich bis zu einem gewissen Grade eine Stellvertretung zu, namentlich rücksichtlich des Processes, des Besitz- und Eigenthumserwerbs und der Contracte. Ist nun dadurch der Umweg des früheren Rechts beseitigt, oder gab es ein praktisches In-

---

nostra res apud eum essent, allein für die ältere Zeit, wenn nicht für die von Gajus selbst, reichte der Zweck ungleich weiter.

44) l. 13 § 10 de acc. (46. 14). Wollte der Schuldner sich hierbei vertreten lassen, so mußte die Mittelsperson erst expromittiren und sich sodann acceptiliren lassen.

teresse, das auch jetzt noch die Wahl der unvollkommneren statt der vollkommneren Form rechtfertigen konnte? Ganz gewiß, ja dies Interesse existirt auch heutzutage in nicht verminderten Maße, und wir können daher die Frage statt für die Vergangenheit für die Gegenwart beantworten.

Ich setze den Fall, der A will durch Vermittelung des X vom B ein Pferd kaufen, und zwar soll die Thätigkeit des X nicht die eines bloßen Boten sein, die hier nicht mehr zur Untersuchung steht, sondern eine juristische, also z. B. die Bestimmung des näheren Inhalts des Kaufcontracts (Preis; Stipulation wegen etwaiger Fehler u. s. w.) soll ganz dem Ermessen des X anheimgestellt sein. Bezweckt nun der A, daß der X als Stellvertreter den Contract abschließe, so muß letzterer auf seinen, des A Namen abgeschlossen werden; in diesem Fall erwirbt der B gegen den A die act. vend. quasi institoria, und seinerseits der A gegen ihn die act. emti utilis und durch Tradition der Sache an den X unmittelbar Besitz und Eigenthum. Soll aber X als Ersatzmann abschließen, d. h. nicht angeben, daß er für den A contrahire, so tritt von Alle dem, wie wir nachher zeigen werden, nichts ein, sondern der Contract wie die Tradition beschränken ihre Wirkungen auf den X, und es bedarf noch erst einer besondern Cession oder Tradition, um Klage, Besitz und Eigenthum von ihm auf den A zu transferiren. Wozu nun dieser Umweg? Wir können uns verschiedene Gründe denken. Ich nehme an, A darf erwarten, daß B ihm einen ungleich höheren Preis, als dem X abfordern wird, es muß also geheim gehalten werden, daß er der eigentliche Käufer ist. Namentlich kommt dies Vorschieben einer anderen Person aus einem ähnlichen Grunde sehr häufig bei öffentlichen Versteigerungen vor, wenn nämlich der eigentliche Käufer Grund zu der Besorgniß hat, daß die Interessenten

ihm, wenn er selbst als Licitant aufträte, oder wenn sie nur erführen, für wen die vorgeschobene Person bietet, die Sache in die Höhe treiben würden. Ein anderes Motiv könnte darin bestehen: B sieht sich zur Veräußerung gewisser Gegenstände gezwungen, wünscht aber im Interesse seines Credits, daß dies nicht ruchtbar werde, und bittet daher den X, die Sachen auf eigenen Namen zu verkaufen. Endlich denke man an den so häufig vorkommenden Fall, daß A dem X gar nicht bestimmt hat, von wem er kaufen soll, sondern ihn nur gebeten, ihm von der Reise gewisse Artikel mitzubringen.

Das Interesse des A kann aber nicht bloß darin bestehen, daß sein Name verschwiegen und aus diesem Grunde der Vertrag auf den des X gestellt werde, kurz in der Form des Abschlusses, sondern ganz bestimmend können sowohl für ihn, wie für den X die materiellen Wirkungen sein, die an diese Form geknüpft sind, nämlich daß dieselben zunächst nur in der Person des Ersatzmannes eintreten. X hat z. B. für ein fremdes Handlungshaus bedeutende Ankäufe von Landesproducten übernommen und den Verlag der Auslagen selbst bestritten. Als Ersatzmann ist er Eigenthümer und hat mithin volle Sicherheit wegen seiner Auslagen; als Stellvertreter würde er nach römischem Recht das Eigenthum sofort dem A erworben haben und wegen seiner Auslagen auf ein Retentionsrecht beschränkt sein, bei dem Concurse des A hinge also seine Deckung ganz davon ab, welcher Ansicht der Richter über die Zulässigkeit der exc. retentionis im Concurse wäre. Gerade diese höhere Sicherheit, die der Ersatzmann vor dem Stellvertreter voraus hat, kann aber für die Annahme des Auftrags den Ausschlag geben, sowie umgekehrt auf Seiten des Mandanten der Umstand, daß er nur dem Ersatzmann, nicht aber der dritten Person obligirt wird. Diese letztere Rücksicht ist, wenn auch nicht das einzige Mo-

tiv, so doch ein wesentliches Element zweier Formen der Societät: der Commanditen- und der Actiengesellschaft. Die Stellung des Complementars läßt sich mit einem Worte als die eines Ersatzmannes bezeichnen. Darin liegt zugleich die des Commmanditisten ausgedrückt; er steht nämlich mit den Handlungsgläubigern in gar keinem Verhältniß, und dasselbe gilt von dem Actionär. Daß Beide bei einem Concurse von den Gläubigern auf Zahlung der schuldigen Einschüsse belangt werden können, steht nicht entgegen, denn die Gläubiger üben hier nur die Klage des Cridars aus, wie sie dies bei jedem Concurse und rücksichtlich allen Klagen desselben thun können.

Als fernere Gründe, die den A zur Wahl der Form des Ersatzmannes bestimmen können, nenne ich: A mag mit B in gar keine Berührung treten oder hat keine Aussicht von B Credit zu erhalten, während B dem X creditiren wird, wohin auch der Fall der s. g. tacita intercessio (l. 8 § 14, l. 29 pr. ad S. C. Vellej. 16. 1) gehört.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß der Verkehr die Form des Contrahirens durch den Ersatzmann neben der des Contrahirens durch Stellvertreter gar nicht entbehren kann, und daß es also nichts Zufälliges ist, daß sich die erste auch nach dem Aufkommen der zweiten Form im römischen erhalten hat. Aber ganz abgesehen von einem praktischen Bedürfniß nach einer solchen doppelten Form des Contrahirens durch Andere, so ist der Gegensatz selbst ein begrifflich nothwendiger, und wir würden ihn gar nicht umgehen können, selbst wenn unsere Quellen gänzlich von ihm schwiegen. Davon wollen wir uns jetzt überzeugen.

Die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Principal beruht nicht auf der bloß subjectiven Absicht des Stellvertreters, sondern auf der

objectiven Richtung des Geschäfts auf den Principal, auf dem Abschluß auf dessen Namen. Die Abweichung rücksichtlich der Wirkung wird also angedeutet, erklärt und gerechtfertigt durch eine Abweichung in der Form des Abschlusses; jene Eigenthümlichkeit ist also nicht etwas dem Geschäft selbst Fremdes, das sich erst von außen zu ihm hinzugesellte, aus Umständen entnommen werden müßte, die im Geschäft selbst nicht hervortreten, sondern sie ist etwas ihm von Anfang an Immanentes, durch seinen Inhalt und die Form seines Abschlusses Gewolltes und Gesetztes. Wie wenig die subjective Absicht des Stellvertreters das Entscheidende ist, geht auf's Unzweideutigste daraus hervor, daß bei einer Tradition an einen Stellvertreter die Absicht desselben, nicht für den Principal, sondern für sich selbst zu erwerben, gegenüber der in der Tradition selbst objectiv enthaltenen Richtung derselben auf den Principal gar nicht in Betracht kommt[45]).

Bei einem durch einen Ersatzmann abgeschlossenen Geschäft aber würde die Zulassung einer unmittelbaren Wirkung desselben für den Principal eine große Singularität enthalten. Denn der Ersatzmann contrahirt hier auf eigenen Namen, es müßten mithin auch die gewöhnlichen Wirkungen eines Contrahirens auf eigenen Namen eintreten, d. h. der Handelnde selbst müßte ausschließlich berechtigt und verpflichtet werden. Und dies sollte dadurch ausgeschlossen werden, daß er die Absicht hat, für einen Andern zu contrahiren? Diese Absicht tritt äußerlich gar nicht hervor, und gesetzt auch, sie thäte es, diese Absicht wäre ja nichts als ein Motiv der Handlung, die Motive aber sind im Allgemeinen be-

45) l. 13 de donat. (39. 5).

kanntlich vollkommen gleichgültig. Wohin würde es führen, wenn man Handlungen, die in Absicht für einen Andern vorgenommen werden, eine unmittelbare Wirkung für Letzteren zugestehen wollte! X kauft bei dem B eine Sache, um sie dem A zu schenken; sollen dadurch B und A in ein juristisches Verhältniß gesetzt werden? A bestellt bei einem Sortimentsbuchhändler ein Buch, welches Letzterer vom Verleger zu beziehen hat, oder bei einem Schneider einen Rock, zu dem derselbe das Tuch von B nimmt. In beiden Fällen liegt das Motiv, warum X mit dem B contrahirt, in der Bestellung des A; sollten hier etwa A und B Klagen gegen einander haben? Man wende nicht ein, daß hier der A dem X keinen Auftrag gegeben, gerade mit dem B zu contrahiren, denn in dem letzteren Fall kann z. B. der A dem Schneider einen bestimmten Tuchhändler und eine bestimmte Sorte Tuch aufgegeben haben, ohne daß dies, wenn der Schneider das Tuch auf eignen Namen nehmen soll, das Mindeste an dem Verhältniß ändern wird. Ebensowenig kann es darauf ankommen, ob der X dem A ex mandato oder aus einem andern Grunde, wie z. B. im angegebenen Fall ex vendito zum Abschluß des Geschäfts mit dem B verpflichtet ist. Denn in beiden Fällen contrahirt der X mit dem B, weil er dem A dazu *verpflichtet* ist, und in beiden Fällen *will* der A mit dem B in keine Berührung kommen, denn sonst hätte er dem X Auftrag gegeben, als *Stellvertreter* für ihn zu handeln. Allein selbst das relevirt nichts, ob der X dem A zum Abschluß des Contracts mit B *verpflichtet* war oder nicht; denn eine solche Verpflichtung fehlt z. B. beim Vormund, negotiorum gestor, socius u. s. w., wenn sie für den A (den Mündel, dominus, socius) auf eignen Namen einen Contract abschließen, und doch wird wohl Niemand daran zweifeln, daß für sie

in dem Fall ganz dasselbe gelten müßte, wie für den Mandatar.

Auf Grund des Bisherigen werden wir zu der Behauptung berechtigt sein, daß, wenn das römische Recht der Handlung des Ersatzmannes directe Wirkungen für den Principal beigelegt hätte, dies juristisch im höchsten Grade singulär, in legislativer Beziehung aber aus zwei Gründen höchst verkehrt sein würde, einmal weil für die directe Wirkung die Form der Stellvertretung ja vollkommen ausreicht, und sodann weil es ohne allen Grund dem Willen der Parteien Zwang anthun und dem Verkehr eine Form des Contrahirens verschließen würde, die derselbe gar nicht entbehren kann[46]). Daß das römische Recht sich einen derartigen doppelten Mißgriff sollte haben zu Schulden kommen lassen, müßte schon von vornherein unglaublich erscheinen; es soll jetzt gezeigt werden, daß dies in der That keineswegs der Fall ist.

Unsere Quellen unterscheiden, was die Art des Contrahirens für einen Andern anbetrifft, ganz bestimmt das Contrahiren für einen Andern im eigenen Namen von dem auf fremden Namen (alieno nomine)[47]). Wer also für einen Andern handeln will, dem steht ein doppelter Weg offen, einmal der des Ersatzmannes und zwar dieser überall, und sodann der des Stellvertreters, dieser aber nur da, wo das spätere Recht ihn zugelassen hat. So kann also zu-

---

46) Diesen Grund macht mit Recht Thöl, Handelsr. B. 1 § 29 (Aufl. 3 S. 126 Note *) gegen die entgegenstehende Ansicht von Savigny, Oblig.-R. B. 2 S. 61—66 geltend.

47) l. 1 § 11 Depos. (16. 3) l. 13 de A. R. D. (41. 1) l. 1 § 20 de A. P. (41. 2), l. 2 quando ex facto (26. 9) . . in nomen suum. l. 8 Cod. de reiv. (3. 32) nomine suo. Siehe über die beiden letzten Stellen diese Jahrbücher Abh. III. S. 145 u. fl.

nächst der Mandatar in der einen oder andern Weise handeln, jenachdem sein Auftrag darauf lautet. Der Auftrag kann lauten: schließe in Deinem, oder schließe in meinem Namen ab [48]). Schließt er als Stellvertreter ab, wo der Auftrag auf Handeln als Ersatzmann ging, oder umgekehrt als Ersatzmann, wo er als Stellvertreter handeln sollte, so liegt in beiden Fällen keine Stellvertretung vor, im ersten Fall nicht, weil der Principal sie nicht will, im zweiten, weil sein Wille nicht ausgeführt ist, die Handlung nicht objectiv als die eines Stellvertreters erscheint. Auftrag und Ausführung müssen sich also decken. Da die späteren Ausführungen uns Gelegenheit geben werden, die Quellenäußerungen über das Vorkommen unseres Unterschiedes beim Mandat zu berücksichtigen, so theile ich dieselben hier nicht weiter mit, vorläufig verweise ich auf die Stellen am Ende der vorigen Note.

Wie der Mandatar, kann aber auch jeder Andere, der ohne Auftrag für einen Andern handeln will, dies entweder als Ersatzmann oder, soweit dies überhaupt möglich, als Stellvertreter thun. So also z. B. der Vormund. Er kann kaufen und sich tradiren lassen nomine pupilli (l. 13 de A. R. D. cit.) oder suo nomine (l. 2 quando ex facto 26. 9); ebenso kann er, wenn er Mündelgelder ausleiht, das Darlehn auf eigenen Namen oder auf den des Mündels stellen

48) Nach Cicero Top. c. 10: si cui mandaris, debet fidem praestare, debet etiam procurator sollte man glauben, daß der Ausdruck procurator sich nur auf den Stellvertreter beziehe, der Ersatzmann hingegen als Mandatar bezeichnet werde, und auch unsere juristischen Quellen bedienen sich da, wo sie letzteren meinen, vorzugsweise dieses Ausdrucks, man vergleiche z. B. l. 59 de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo empta mit l. 13 de donat. (39. 5) . . procuratori. l. 20 § 2 de A. R. D. u. a.

(l. 16 de adm. 26. 7). Stipuliren kann er allerdings nur im eignen Namen, da sich die Stipulation nicht auf fremden Namen stellen läßt[49]) und ebenso verhielt es sich beim Eigenthumserwerb durch mancipatio und in jure cessio, allein hier ward ausnahmsweise dem Pupillen eine utilis actio gegeben[50]). Dasselbe gilt vom negotiorum gestor, der im Interesse des Geschäftsherrn einen Vertrag abschließt. Hat er ihn auf eigenen Namen gestellt, so haftet bloß er selbst und hat bloß er die Klage, im entgegengesetzten Fall aber wird dem Dritten auch eine Klage gegen den Herrn gegeben, vorausgesetzt daß er den Vertrag genehmigt hat, oder daß eine in rem versio erfolgt ist[51]). Ein Gleiches muß von den Verträgen eines socius gelten; rücksichtlich des Ersatzmannes wird dies in den Quellen ausdrücklich anerkannt[52]), rücksichtlich des Stellvertreters versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst[53]).

Es soll jetzt der Nachweis versucht werden, daß der Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch den Ersatzmann für den Principal keine directen Wirkungen begründet, und zwar betrachten wir

1) den Erwerb von Besitz und Eigenthum. Der Gegensatz zwischen dem Stellvertreter und Ersatzmann

---

49) Gaj. III 103 § 3 J. de inut. stip. (3. 20).

50) l. 9 pr. de admin. (26. 7.) l. 2 Cod. quando ex f. (5. 39).

51) l. 8 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26). Das Nähere s. unten.

52) l. 74 pro socio (17. 2) .. quod emit, ipsius fit, non commune.

53) Auch bei der Zahlung eines Bürgen wird der Gegensatz erwähnt, namentlich bei der Zahlung einer Nichtschuld, l. 47 de cond. ind. (12. 6). Hiernach soll der Bürge die cond. ind. haben, si suo nomine solverit, der Schuldner hingegen, si nomine tuo solverit ... nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur.

ist für diese Frage auf's Unzweideutigste anerkannt, und anstatt zwischen der l. 59 de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit und der l. 13 pr. ibid.: si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium i. e. proprietas acquiritur etiam ignoranti einen Widerspruch anzunehmen und ihn auf künstlichem Wege zu beseitigen[54]), hätte man umgekehrt dadurch auf jenen Gegensatz selbst aufmerksam werden sollen. Dies ist aber so wenig der Fall, daß die noch neuerdings von zwei namhaften Juristen[55]) verfochtene Ansicht, daß der Mandatar schlechthin für den Mandanten Besitz und Eigenthum erwerbe, bisher meines Wissens noch keine Widerlegung gefunden hat.

Die Stellen, deren man sich bisher für diese Frage bedient hat, sind außer den beiden angegebenen noch die l. 1 § 20 de A. P. (41. 2) und die l. 2 Cod. qui a non domino (7. 10), es ist mir jedoch gelungen, noch eine Reihe anderer ausfindig zu machen, die den hier zu beweisenden Satz, daß der Ersatzmann selbst Besitz und Eigenthum erwirbt, meiner Ansicht nach auf's Unzweideutigste darthun. Die Beweiskraft der folgenden Stellen wird für das justinianische Recht dadurch um nichts gemindert, daß in ihnen zum Theil ausdrücklich von einer res mancipi wie z. B. einem Grundstück oder Sklaven die Rede ist. Denn war rücksichtlich dieser Sachen immerhin der Erwerb des Eigenthums durch

---

54) In der ersten Stelle soll von einer res mancipi die Rede gewesen sein und also statt tradiderit mancipaverit gestanden haben. Allein was wäre damit für das justinianische Recht gewonnen?

55) Puchta, De dominio rerum per procuratorem acquirendo (in seinen kleinen civil Schriften S. 562 ff.) und von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts B. 1. S. 208 ff.

einen Stellvertreter ausgeschlossen, da derselbe nur durch die keine Stellvertretung zulassende mancipatio und in jure cessio erfolgen konnte, so war doch dasselbe nicht auch rücksichtlich des Besitzerwerbs der Fall, und doch wird wenigstens in einer Stelle der Ersatzmann geradezu als Besitzer bezeichnet, und sodann müssen ja jene Stellen vom Standpunct des justinianischen Rechts aus, das den Unterschied der res mancipi und nec mancipi nicht mehr kennt, auf den Eigenthumserwerb durch Tradition bezogen werden. In diesem für uns allein in Betracht kommenden dogmatischen Sinn beweisen die Stellen wenigstens die Möglichkeit, um zunächst das Mindeste zu sagen, daß der Mandatar, Vormund u. s. w. selbst Besitz und Eigenthum erwirbt. Außer der oben mitgetheilten l. 59 de A. R. D. kommen hier folgende Stellen in Betracht.

1) Die l. 2 Cod. de his, qui a non (7. 10) Felicissima, quem mandante te servum emisse dicis, si dominium servi ad te nondum transtulerat etc.

Hiernach erscheint der Mandatar als Eigenthümer des im Auftrage des Principals gekauften Sklaven, und das Eigenthum geht auf Letzteren erst durch ein „transferre" über.

2) Die l. 135 § 2 de V. O (45. 1) theilt uns den Wortlaut eines dem Mandanten vom Mandatar ausgestellten Reverses mit:

quod mandante eo (Titio) hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum.

Auch hier ist der Kaufcontract im Auftrage des Principals geschlossen und der Mandatar Eigenthümer geworden.

3) Die l. 13 § 2 de usu (41. 3): Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex causa traditum tibi diutina posses-

sione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis.

Nach dieser Stelle erscheint der Mandatar als Usucapionsbesitzer, daraus geht also wieder hervor, daß er, wenn der Tradent das Eigenthum gehabt hätte, Eigenthümer geworden wäre. Es ist die Stelle, die ich im Sinn hatte bei der obigen Bemerkung, daß der Nichterwerb des Eigenthums für den Mandanten nicht lediglich mit der Ausschließung der Stellvertretung bei der mancipatio und in jure cessio zusammenhänge. Den Besitz hätte der Mandatar im vorliegenden Fall immerhin dem Mandanten erwerben können, denn für den Besitz war der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi vollkommen einflußlos, nichtsdestoweniger wird der Usucapionsbesitz ihm selbst zugesprochen, zum besten Beweise, daß der Mandatar nicht schlechthin dem Mandanten den Besitz erwirbt.

4) Dieselbe Bemerkung gilt von der l. 7 § 2 pro emtore (41. 4): Servus meus Titio mandavit, ut fundum ei emeret eique manumisso Titius possessionem tradidit etc.

Der Titius ist hier Besitzer geworden, und es bedarf erst einer Tradition von ihm an seinen Mandanten, um den Besitz auf denselben zu übertragen. Die Stelle giebt übrigens zugleich ein Beispiel für die obige Behauptung, daß dem Mandanten unter Umständen der Abschluß durch einen Ersatzmann wünschenswerther sein konnte, als der durch einen Stellvertreter. Denn hätte der Titius hier als Stellvertreter handeln sollen, so würde der Herr seines Mandanten den Besitz des Grundstücks erlangt haben, das war aber gerade das, was hier vermieden werden sollte.

5) Genügte die bloße Absicht des Ersatzmannes, um dem Principal Besitz und Eigenthum zu verschaffen, so müßte dies

auch rücksichtlich eines Gesellschafters der Fall sein, d. h. es müßte der Erwerb von Besitz und Eigenthum für die Societät ohne Rücksicht auf die Form des Erwerbungsactes den übrigen Gesellschaftern nach Maßgabe ihres Antheils unmittelbar zu Gute kommen. Allein auch hier bedarf es erst eines eigenen Uebertragungsactes.

l. 74 pro socio (17. 2): Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare.

Die Möglichkeit eines unmittelbaren Erwerbs für den Fall, daß der Gesellschafter als Stellvertreter handelt, hat der Jurist damit aber nicht ausschließen wollen; er dachte nur an den Fall, wenn er als Ersatzmann handelte.

6) Zur Bestätigung unserer Ansicht dienen auch die bereits in der Abh. III. dieser Zeitschrift S. 145 u. fl. u. S. 151 u. fl. besprochenen l. 8 Cod. de reiv. (3. 32) und l. 2 quando ex facto (26. 9).

Im Fall der ersten Stelle hatte, wie dort nachzuweisen versucht ist, der Mandatar oder negot. gest. eines Soldaten, im zweiten der Vormund als Ersatzmann eine Sache gekauft und mit dem Gelde des Soldaten und Mündels bezahlt. Daß hier nicht der Soldat und Mündel, sondern der Ersatzmann Eigenthümer geworden, ergiebt sich daraus, daß den letztern Personen nur eine reiv. utilis gegeben wird. Wären sie selbst Eigenthümer geworden, so hätten sie eine reiv. directa und mithin die privilegirte Klage, die ihnen hier statt einer actio in pers. eingeräumt wird, um die Tradition zu erzwingen, nicht nöthig gehabt.

7) Die l. 1 § 20 de A. P. (41. 2): Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non

cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere.

In dieser Stelle ist meiner Ansicht nach der Gegensatz des Besitzerwerbs eines Stellvertreters und Ersatzmannes unverkennbar ausgesprochen. Jene Personen, heißt es, sollen für sich selbst erwerben, wenn sie suo nomine possessionem nacti fuerint, für uns aber, wenn sie cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, gehandelt haben. Was heißt hier nun suo nomine? Versteht man darunter, wie man es gethan hat: für sich, so würde der Jurist gesagt haben: nicht Alles, was Personen, die nebenbei Vormünder und Stellvertreter sind, erwerben, fällt ihren Mündeln zu. Das wäre doch eine wahre Abgeschmacktheit! Er kann also unter suo nomine nur: auf ihren Namen verstanden haben, und dann ist also der Sinn der: jene Personen erwerben für ihre Mündel und Principale nur dann, wenn sie ihnen die Mühe der eigenen Apprehension haben abnehmen wollen (ut operam suam accommodarent), nicht aber, wenn sie zwar für sie, aber nicht in ihrem Namen Besitz ergriffen haben, dann ist also noch ein eigener Uebertragungsact nöthig.

Daß in der That das suo und alieno nomine Stellung des Geschäfts auf eigenen und fremden Namen bedeutet, zeigt auch die oben abgedruckte l. 13 de A. R. D. (41. 1). Wozu nämlich sollte der Jurist, nachdem er berichtet, daß der Procurator in meinem Auftrage mir eine Sache gekauft habe, bei Erwähnung der Tradition noch das meo nomine hinzufügen, wenn damit bloß die Absicht des Procurators, für mich zu handeln, ausgedrückt werden sollte? Der unverkennbare Nachdruck, der hier auf dem meo nomine ruht, beweist, daß damit nicht etwas sich völlig von selbst Verstehen-

des gesagt, sondern ein besonderes Erforderniß der Tradition hat ausgesprochen werden sollen.

Das Verhältniß der Stellen, welche den Besitz und Eigenthumserwerb durch eine Mittelsperson behandeln, ist nun das, daß diejenigen, nach denen der Principal Besitzer und Eigenthümer wird, ausdrücklich den Zusatz machen, die Tradition sei in seinem Namen erfolgt [56]), daß hingegen von denjenigen, nach denen es die Mittelsperson wird, keine einzige diesen Zusatz enthält. Damit ist aber der Schlüssel zur Vereinigung dieser Stellen gegeben; die Einen sprechen vom Besitzerwerb eines Stellvertreters, die Andern von dem eines Ersatzmannes.

Wir hätten demnach das Resultat gewonnen: durch eine Tradition an eine Mittelsperson erwirbt nur dann der Principal Besitz und Eigenthum, wenn dieselbe als Stellvertreter, nicht aber wenn sie als Ersatzmann gehandelt hat. Wir wollen an diesen Satz noch einige Bemerkungen knüpfen.

Was zunächst die Stellung der Tradition auf Namen des Principals betrifft, so braucht dieselbe keine ausdrückliche zu sein, sie kann also vorhanden sein, wo der Name des Principals von Seiten des Tradenten sowohl wie des Empfängers gar nicht genannt wird, z. B. wenn der Postbote einen an die Herrschaft adressirten Brief dem Dienstmädchen einhändigt, wenn der Verkäufer dem Stellvertreter, der im Namen des Principals gekauft hat, tradirt, ohne dabei zu bemerken, daß er es im Namen des Principals thue. Die Beziehung der Tradition auf den Principal ist hier von beiden Parteien in dem Maße gewollt und beabsichtigt, daß sie

56) Außer den angegebenen s. noch l. 47 de usucap. (41. 3). Si emptam rem mihi procurator ignorante me m e o n o m i n e apprehenderit, quamvis possideam etc.

es gar nicht für nöthig halten, darüber ein Wort zu verlieren.

Ja, der Name thut so wenig zur Sache, daß er dem andern Theil gar nicht bekannt zu sein braucht. Kann man direct an eine persona incerta tradiren, so kann man es auch durch Vermittlung eines Stellvertreters an eine nur subjectiv unbekannte Person. Selbst die Stellung des Kaufinstruments auf Namen der Mittelsperson würde nichts releviren, wenn sie bloß zum Zweck der Simulation geschähe, die Parteien also darüber einig wären, daß der Principal Eigenthümer werden solle[57]). Umgekehrt aber gewinnt ein von einem Ersatzmann abgeschlossener Contract und darauf hin ergriffener Besitz nicht schon dadurch den Charakter der Handlung eines Stellvertreters, daß der andere Theil weiß, für wen der Ersatzmann handelt, oder daß gar Letzterer selbst ihn davon in Kenntniß setzt, wie z. B. wenn A auf einer Bücherversteigerung ein seltenes Buch ersteht und dabei bemerkt, es werde dies den B, für den er es habe acquiriren sollen, sehr glücklich machen. Es ist dies eine bloße Kenntniß des den andern Theil zur Handlung bestimmenden Motivs, eine solche Kenntniß ist aber völlig gleichgültig.

Der gewonnene Rechtssatz, daß der Ersatzmann Besitz und Eigenthum erwirbt, verdankt seinen Ursprung zwar nicht irgend welchen praktischen Zwecken und Rücksichten, sondern lediglich der juristischen Nothwendigkeit, allein er hat die Kritik vom Standpunct praktischer Brauchbarkeit aus keineswegs zu scheuen, und ich glaube, gerade von diesem Standpuncte aus wird man alle Ursache haben, der von mir verfochtenen Ansicht eine bereitwillige Aufnahme zu gewähren.

---

57) l. 5, l. 6. Cod. si quis alt. (4. 50).

An der entgegengesetzten Ansicht habe ich in dieser Beziehung zweierlei auszusetzen. Erstens nämlich, daß sie die Frage, wer durch eine Tradition Eigenthümer geworden ist, im höchsten Grade zweifelhaft macht. Ein Fremder X zieht nach einem Ort und kauft hier von B ein Haus nebst Ländereien und trägt die Kaufsumme ab. Der B wie die ganze Stadt wird und muß den X für den Eigenthümer halten, und Letzterer genießt in Folge dessen einen dem entsprechenden Credit. Nach Jahren macht X Bankerott, und jetzt tritt ein Auswärtiger, der A auf und beweist, daß er dem X Auftrag gegeben, das Haus unter der Hand zu kaufen, da er selbst nach dem Ort habe ziehen wollen, daß er aber später, weil sich dies zerschlagen, dem X das Haus vermiethet habe. Nach der jenseitigen Ansicht würde hier der A das Haus vindiciren können. Wo bleibt die Sicherheit des Eigenthums, wenn so etwas möglich sein soll, wenn eine Beredung zwischen dem wirklichen Contrahenten und einer dem Geschäft völlig fremden Person im Stande ist, der Tradition eine völlig andere Richtung zu geben, als sichtbar und äußerlich in ihr hervortritt. Bei dem Erwerb durch Stellvertreter ist eine solche Gefahr nicht vorhanden, denn hier bildet jene Beziehung des Geschäfts auf eine nicht bei dem Traditionsacte anwesende Person ein Moment des Geschäfts selbst. Sodann habe ich zweitens an jener Ansicht auszusetzen, daß sie den Principal auf Kosten der Mittelsperson in einer Weise bevorzugt, die eben die Mittelsperson selbst abhalten könnte, sich der ihr zugemutheten Geschäftsführung zu unterziehen. Ich will annehmen, der X hat als neg. gest. für den A, aber auf eigenen Namen eine Sache gekauft und aus eignem Gelde bezahlt, von der er weiß, daß A sie schon lange gesucht hat. Er meldet ihm dies und A genehmigt den Kauf. Nach der von mir vertheidigten Ansicht würde X,

da er nach außen hin als Ersatzmann gehandelt, Eigenthümer geworden und es auch jetzt geblieben sein, da die Ratihabition die Sache nicht anders stellen würde, als wenn er von Anfang an Mandatar gewesen wäre[58]). X wäre also rücksichtlich des Ersatzes seiner Auslagen völlig gedeckt. Nach der entgegengesetzten Ansicht ist er rücksichtlich dieses Anspruchs auf die zweifelhafte exc. retentionis angewiesen. Für den Verkehr ist aber die Möglichkeit einer solchen Deckung von großer Wichtigkeit, und der oben aus der l. 135 § 2 de V. O (45. 1) mitgetheilte Revers, in dem der Mandatar Auslieferung der Sache nach Ersatz seiner Auslagen verspricht, gibt uns einen Beleg dafür aus dem römischen Leben. Wie oft hat der Mandatar selbst die Auslagen zu bestreiten; wie motivirt und zugleich dem Interesse des Mandanten entsprechend ist es hier, den Entschluß des Mandatars zur Uebernahme des Auftrags dadurch zu fördern, daß ihm selbst das Eigenthum zugewiesen wird!

Der von uns gefundene Satz beschränkt sich bloß auf die Tradition; wie verhält es sich nun mit andern Eigenthumserwerbungsarten, z. B. der Occupation und Specification, ist der Unterschied zwischen Ersatzmann und Stellvertreter auch bei ihnen möglich und durchführbar? Von einer Stellung des Erwerbungsactes auf Namen des Princi-

58) Nur dann also gibt die Ratihabition des vom neg. gest. gemachten Erwerbes dem Geschäftsherrn Besitz und Eigenthum (und zwar, was aber nicht hierher gehört, rückwärts), wenn die Erwerbshandlung von ihm als Stellvertreter vorgenommen, d. h. auf den Namen des Herrn gestellt war, im entgegengesetzten Fall begründet sie nur die act. neg. gestor. directa auf Tradition. Unmöglich kann die der Handlung folgende Ratihabition einer neg. gest. den Principal besser stellen, als das der Handlung vorausgehende Mandat. Auch beim neg. gest. also hängt Alles davon ab, ob er als Stellvertreter oder Ersatzmann gehandelt hat.

pals kann hier keine Rede sein, wenn also dennoch von einer Vornahme desselben auf Namen eines Andern die Rede ist[59]), so läßt sich dies nicht aus der Handlung selbst entnehmen, — oder sollte der Stellvertreter dabei den Namen des Principals nennen?! — sondern diese Handlung kann ihren rechtlichen Charakter nur von dem Verhältniß ableiten, in dem die Mittelsperson zum Principal steht [60]). Dasselbe muß gerichtet sein auf Vornahme dieser Dienstleistung für den Principal: ut operam suam nobis accommodarent. Hierin und nur hierin kann die objective und äußerlich erkennbare Richtung des Erwerbsactes auf den Principal, die wir oben als Requisit einer jeden Stellvertretung bezeichnet haben, gefunden werden. Eine abweichende subjective Absicht des Stellvertreters kann diesem objectiven Moment gegenüber so wenig in Betracht kommen, wie gegenüber demselben Moment (d. h. der Erklärung des Tradenten, daß er dem X für den A tradire) bei der Tradition. Wenn also mein Jäger, durch den ich mir auf meiner Jagd das nöthige Wild schießen lasse, die Absicht hätte, für sich zu erwerben und diese Absicht immerhin beim Occupationsact einem Anwesenden erklärte, so würde er nichtsdestoweniger für mich erwerben. Ebenso wenn ich durch meine Leute eine Specification, z. B. das Keltern des Weins vornehmen lasse. Daraus folgt denn, daß bei dem Vorhandensein eines solchen Verhältnisses zwischen Principal und Mittelsperson Letztere mit Nothwendigkeit Stellvertreter ist, daß hier also von einem Unterschiede

59) l. 25 de A.R.D. (41. 1) . . ejus fit, cujus nomine facta est, ebenso l. 27 § 1 ibid., und § 2: ejus, cujus nomine ferruminata est. l. 31 § 1 de don. i. V. (24. 1) si suo nomine . . . si viri nomine . . vestimenta confecit. S. oben S. 288.

60) l. 6 de donat. (39. 5) . . . plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit.

zwischen Ersatzmann und Stellvertreter nicht die Rede sein kann. Nur da könnte man etwa von dem Specificiren und Occupiren eines Ersatzmannes sprechen, wo Letzterer diese Handlungen insofern für einen Andern vornimmt, als er sich verpflichtet hat, Letzterem das Product seiner Thätigkeit zu überlassen, z. B. der Weinproducent hat mir ein Stückfaß Wein von der nächsten Ernte verkauft, ein Jäger sich anheischig gemacht, mir ein Reh zu liefern. Hier ist die Rücksicht auf mich der Grund, warum er specificirt, occupirt, allein er selbst wird Eigenthümer, denn mein Anspruch ging bloß auf Leistung des Objects, nicht auf Vornahme der zu dem Zweck erforderlichen Thätigkeit.

Wir betrachten jetzt

2) die obligatorischen Wirkungen des durch den Ersatzmann abgeschlossenen Geschäfts, und zwar soll zunächst nachgewiesen werden, daß er allein verpflichtet, sodann daß er allein berechtigt wird.

Der erste Grundsatz ist in l. 13 Cod. si cert. pet. (4. 2) ausdrücklich anerkannt:

> Eum, qui mutuam sumsit pecuniam licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum ligatum obnoxium remanere oportet.

Der Ersatzmann kann kaum bestimmter bezeichnet werden, als es hier geschieht; denn es wird zunächst das positive Moment: die Absicht für den Principal zu handeln (licet in res alienas) hervorgehoben und sodann das negative: daß die Beziehung des Geschäfts zum Principal nicht im Geschäft selbst hervorgetreten sei (creditore non contemplatione domini dante). Der Ausdruck: principaliter obligatum könnte dem Gedanken an eine accessorische Verpflichtung des Principals Raum geben, allein aus andern

Stellen geht hervor, daß wir diesen Gedanken zurückzuweisen und principaliter obligatum also nicht durch: in erster Linie verpflichtet, sondern durch: eigentliches Subject der Obligation zu übersetzen haben.

l. 4 Cod. si tutor (2. 25): Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est.

Offenbar handelte es sich hier um ein Geschäft, welches das Interesse der Mündel betraf, denn es wird ja für den Gläubiger die Möglichkeit einer Wahl zwischen den Mündeln und den Vormündern unterstellt. Der Gläubiger wußte also, daß letztere hier für die Mündel handelten, allein dies Wissen des andern Theils macht, wie oben bemerkt, den Ersatzmann noch nicht zu einem Stellvertreter. Die objective Stellung des Geschäfts auf den Namen des Principals war aber bei der Stipulation sowohl activ als passiv ausgeschlossen, die Vormünder konnten mithin, wenn sie überall die Obligation abschließen wollten, dies nur in eigenem Namen, d. h. als Ersatzmänner thun.

Daß nun gegen die Mündel aus ihrem Contract keine Klage gegeben werden solle, ist in dieser Stelle ausdrücklich gesagt; darin liegt aber zugleich, daß die Vormünder schlechthin haften, was übrigens auch in andern Stellen, z. B. l. 39 § 4 de adm. et per. (26. 7) anerkannt wird. In einem besondern Fall gestand Paulus dem Vormund eine exceptio zu. Ein Vormund hatte für seine Curandin eine Dos von einem Betrage versprochen, der das Vermögen derselben überschritt. Die Worte lauteten, wie bei jeder Stipulation, auf den Promittenten selbst, allein anstatt daß Letzterer sich hätte anheischig machen sollen, die Dos aus dem Vermögen der Curandin zu entrichten, soweit dasselbe ausreichte,

hatte er sie schlechthin versprochen. Der Strenge nach mußte er haften, allein Paulus gibt ihm in der l. 43 § 1 de adm. et per. (26. 7) eine exceptio, und gewiß mit vollem Recht, da hier aus den Umständen klar hervorging, daß er nicht selbst die Verpflichtung zur Entrichtung einer Dos hatte übernehmen wollen, sondern nur rücksichtlich der Fassung der Stipulationsformel nicht die nöthige Vorsicht angewandt hatte. Der Sache nach wollte er Stellvertreter sein, der Form nach hatte er als Ersatzmann gehandelt.

Einen ähnlichen Fall hat Papinian in der l. 5 § 1 quando ex facto (26. 9):

> Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat.

Auch hier war es klar, daß der Tutor in seiner Qualität als Vormund, d. h. als Stellvertreter die Zahlung übernommen hatte. Papinian fügt zum Unterschiede dann den Fall hinzu, wo der Tutor als Ersatzmann gehandelt hatte:

> Non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et judicatum pro pupillo fecit.

Für die im Bisherigen nachgewiesene ausschließliche Verpflichtung des Ersatzmannes macht es nichts aus, ob er vermöge seiner Stellung, wie z. B. der Vormund oder Institor, oder vermöge eines Auftrags des Principals befugt gewesen wäre, den Contract auf dessen Namen zu stellen, denn es handelt sich nicht darum, was er hätte thun können, sondern was er gethan hat.

Ein Klagrecht des dritten Contrahenten gegen den Principal könnte man nur auf folgende drei Gründe stützen:

1) auf die Ausdehnung der act. institoria im spätern Recht. Allein wenn schon die act. institoria aus den Verträgen eines wirklichen Institor nur unter der Voraus-

setzung gegeben wird, daß der Institor als Institor, d. h. mit Bezugnahme auf den Principal oder das Geschäft contrahirt hat, im entgegengesetzten Fall aber, wenn der Institor als Ersatzmann contrahirt hat, er allein haftet[61]), so muß dasselbe um so eher oder wenigstens nicht minder auch bei der act. quasi institoria gelten, wenn auch die Stellen, welche dieselbe behandeln, jener Voraussetzung nicht ausdrücklich gedenken[62]).

Sodann könnte man

2) dem dritten Contrahenten die Klage des Ersatzmannes gegen den Principal als utilis actio geben, insofern ihm nämlich ein Anspruch auf Cession dieser Klage zustände[63]). Allein diese letztere Idee muß entschieden zurückgewiesen werden, denn der Dritte kann von seinem Contrahenten stets nur Erfüllung des Contracts, nicht aber Cession einer Klage verlangen. Non enim, wie es in l. 21 de her. vend. (18. 4) heißt, actiones ei, sed rem praestare debeo. So wenig, wie sein Schuldner, statt selbst zu zahlen, ihn an einen Andern weisen, ihm eine actio statt der schuldigen res aufdringen kann, ebenso wenig kann der Gläubiger umgekehrt statt der res die actio verlangen[64]). Und sodann angenommen, er könnte es, was würde dem Gläubiger die Klage nützen, wenn der Ersatzmann sich dem Mandanten gegenüber anheischig gemacht hätte, selbst den Gläu-

---

61) l. 1 § 9 de exerc. act. (14. 1). Thöl, Handelsr. B. 1. § 25, 29 (Aufl. 3 S. 104 u. 122).

62) l. 16, 19 pr. de instit. (14. 3) l. 13 § 25 de act. emti (19. 1). Dagegen hebt die l. 10 § 5 Mand. (17. 1) das Requisit ausdrücklich hervor: qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat etc.

63) S. Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 62.

64) Ich habe diesen Grundsatz in meinen Abhandlungen aus dem röm. Recht, Leipz. 1844. S. 31 u. fl des Weiteren begründet.

biger zu befriedigen, z. B. den Kaufpreis zu entrichten? Hier würde der Mandatar in eigener Person die Klage erst haben, wenn er gezahlt hätte, unmöglich aber könnte doch die Klage in der Person des Cessionars von dieser Voraussetzung entbunden sein.

Es bliebe endlich

3) als letzter Grund noch übrig der Gesichtspunct der in rem versio, und namentlich dieser Gesichtspunkt ist hier nicht selten selbst von Solchen, die im Uebrigen der richtigen Theorie huldigen[65]), zur Anwendung gebracht. Allein mit Unrecht. Die Gestalt der in rem versio bei hausunterthänigen Personen kann hier natürlich nicht maßgebend sein. Wenn ein Sklave im eigenen Interesse, d. h. für sein peculium contrahirt und hinterher das Erhaltene zum Nutzen seines Herrn verwendet, so findet die act. de in rem verso gegen Letzteren nicht minder statt, als wenn der Sklave von vornherein im Interesse des Herrn das Geschäft abgeschlossen hätte[66]). Da die hausunterthänigen Personen nichts Eigenes haben konnten, so war bei ihnen eine solche Gestaltung dieser Klage durchaus motivirt. Ganz anders bei freien Contrahenten, deren Contract späterhin einer dritten Person zu Gute kömmt[67]). Wohin würde es führen, wenn man hier

---

65) Wie z. B. Thöl a. a. O. § 27 a. E. (Aufl. 3 S. 116, 117) und § 37 Anm. 19 (S. 163).

66) Von jenem Fall handelt l. 3 § 1 und l. 5 § 3 de in rem vers. (15. 3) von diesem l. 3 § 9 und l. 5 § 3 ibid. S. Brinz, Kritische Blätter Nr. II. S. 16.

67) l. 13, l. 15 Cod. si cert. (4, 2). Non adversus te creditores, qui mutuam sumsisti pecuniam, sed ejus cui hanc credideras, heredes experiri, contra juris formam evidenter postulas. l. 49 de cond. ind. (12. 6). His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.

dem Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner seines Schuldners, z. B. dem Verkäufer eine Klage gegen den zweiten Käufer geben wollte! Darüber herrscht denn auch heutzutage[68]) nicht der geringste Zweifel; die Voraussetzungen der act. de in rem verso sind bei freien Vertretern ungleich enger, als bei hausunterthänigen. Allein ich glaube, daß man sie immer noch viel zu weit faßt, und zwar, um es mit einem Worte zu bezeichnen, daß man die Klage nicht bloß aus der Version eines Stellvertreters zugesteht, was ich für das allein Richtige halte, sondern auch aus der eines Ersatzmannes.

Eine Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem neg. gestor erkennt das römische Recht in zwei Fällen an, einmal im Fall der Ratihabition, zweitens im Fall der nutzbaren Verwendung (utiliter gestum)[69]). Letztere begründet, wie es in der citirten Stelle heißt, die Nothwendigkeit der Ratihabition, oder richtiger sie macht letztere überflüssig. Dieselben Momente kehren nun wieder für das Verhältniß des Herrn zu dritten Personen, aber nur, wenn der Contract des Geschäftsführers überall dazu geeignet war, beide in Verbindung zu bringen, d. h. wenn er auf Namen des Principals abgeschlossen war. Wird der Mandant durch den Contract des Mandatars, wenn der Auftrag auf Handeln als Ersatzmann lautete, dem Dritten nicht verpflichtet, so ist nicht abzusehen, wie die Genehmigung eines vom neg. gest. als Ersatzmann abgeschlossenen Contracts eine solche Wirkung

68) Ueber den Mißbrauch, den man früher mit dieser Klage getrieben, s. Kämmerer in der Zeitschr. für Civilr. B. VIII. S. 354.

69) l. 9 de neg. gest. (3. 5) . . . quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Chambon, Die negot. gest. § 6 und 7.

hervorbringen sollte, da die Ratihabition doch nur den Mangel eines vorausgehenden Auftrags ersetzt, die Wirkung derselben also keine andere sein kann, als wenn das Geschäft in Folge eines Mandats in dieser Weise abgeschlossen wäre. Dieselben Gründe, die Jemanden veranlassen, ein Geschäft statt durch einen Stellvertreter durch einen Ersatzmann vornehmen zu lassen, können es ihm wünschenswerth machen, auch im Fall der neg. gest. mit dem Dritten in keine Berührung zu kommen, und es ließe sich nicht begreifen, warum das Recht in dieser Beziehung der Autonomie Zwang anthun und der Ratihabition eine Ausdehnung geben sollte, die von dem Geschäftsherrn nicht beabsichtigt ist.

Dasselbe muß auch von dem Moment des utiliter gestum gelten, welches hier den Namen der versio in rem annimmt. Ersetzt dasselbe nichts als die Ratihabition und letztere wiederum das Mandat, so kann die versio in rem dem Dritten nur dann eine Klage gegen den Geschäftsherrn geben, wenn das Geschäft von vornherein auf dessen Namen gestellt war. Nimmt man das Gegentheil an, so gelangt man zu dem widersinnigen Resultat, daß der Principal dem Dritten haftet, wenn das Geschäft eines ohne Auftrag handelnden, nicht aber wenn das eines mit Auftrag handelnden Ersatzmannes ihm zum Nutzen gereicht hat.

Fragen wir nun, wie unsere Quellen sich zu dieser Ansicht verhalten, so erscheint es mir schon als ausreichend, wenn sie derselben nur nicht widersprechen, da die Ansicht selbst sich aus sonstigen Grundsätzen mit innerer Nothwendigkeit ergibt, und ich würde es daher nicht als einen Gegengrund gegen meine Ansicht gelten lassen, wenn dieselbe nirgends ausdrücklich anerkannt wäre.

Eine in rem versio, die hier in Betracht kommen könnte, wird in den Quellen bei folgenden Gelegenheiten erwähnt.

Erstens bei dem Darlehn an eine städtische Gemeinde in der l. 27 de reb. cred. (12. 1).

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.

Daß das Darlehn in diesem Fall im Namen der Stadt aufgenommen ist, wird schwerlich Jemand bestreiten. Die contrahirenden Beamten treten hier also als Stellvertreter auf, und die Singularität würde mithin darin bestehen, daß, während bei natürlichen Personen schon der bloße Auftrag des Principals an den Stellvertreter genügt, um dem Darleiher eine Klage gegen den Principal zu verschaffen [70]), bei einer Stadt noch eine Version erfordert wird.

Zweitens bei Gelegenheit von Zahlungen an Vormünder, die dem Wortlaut der Verfügung nach an die Mündel hätten erfolgen müssen.

l. 95 § 7 de solut. (46. 3)... conditionis implendae causa recte pecunia tutori vel curatori datur ... si pecunia in rem vel pupilli vel furiosi versa est.

Daß hier abermals eine Zahlung im Namen des Principals vorausgesetzt wird, bedarf eben so wenig der Bemerkung.

Drittens bei der Klage des dritten Contrahenten gegen den Geschäftsherrn aus den Contracten des neg. gest.

l. 7 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26).

---

70) Als Klage wird gegeben einmal die act. quasi instit. l. 10 § 5 mand. (17. 1) und sodann die act. neg. gest. (der Darleiher gerirt die negotia des Principals, indem er dem Stellvertreter desselben auf dessen Namen leiht) l. 6 § 1, l. 31 pr. de neg. gest. (3. 5).

Alioquin si cum libero res ejus agente cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Es handelte sich in dem Fall der Stelle um die Verpflichtung Jemandes durch die Aufnahme eines Darlehns für ihn von Seiten einer Mittelsperson, und zwar unterscheidet das Rescript zwischen dem Fall, wenn die Mittelsperson Sklave desselben, und wenn sie ein Freier war. Von dem ersten Fall spricht das pr., von dem zweiten der vorliegende § 1 der Stelle. Die Mittelsperson wird im letzteren Fall als Geschäftsführer (res ejus agens) bezeichnet, und zwar geht aus der Erwähnung der Ratihabition des Geschäftsherrn (dominus) hervor, daß der Geschäftsführer keinen Auftrag hatte, also neg. gestor war[71]). Daß derselbe nun nicht als Ersatzmann, sondern als Stellvertreter contrahirt hatte, möchte sich aus den Worten: ejus personam elegisti mit Sicherheit entnehmen lassen. Denn diese Worte setzen voraus, daß der Darleiher statt des Geschäftsführers den Geschäftsherrn hätte wählen können[72]), daß mithin die Beziehung des Geschäfts auf Letzteren angegeben war. Ob sie im Geschäft selbst formell hervortrat, lasse ich dahin gestellt. Hätte nämlich der Darleiher sich die Rückgabe des Darlehns durch Stipulation versprechen lassen, so war eine formelle Stellung des

71) Darüber ist man heutzutage auch allgemein einverstanden. Chambon, a. a. O. S. 194.

72) d. h. mit der Wirkung, daß der Geschäftsführer selbst gar nicht verpflichtet worden wäre l. 6 § 1 de neg. gest. (3. 5) Si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione . . . adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam.

Geschäfts auf Namen des Principals ausgeschlossen, allein man konnte hier ähnlich wie beim Vormund (S. 337) und Mandatar (l. 10 § 5 Mandati 17. 1) von einer solchen formellen Richtung des Contracts auf den Principal abstrahiren, da materiell die ausschließliche Bestimmung des Geschäfts für letztern unter den Parteien völlig fest stand.

Viertens bei der Klage eines Societätsgläubigers gegen den Gesellschafter seines Contrahenten. l. 82 pro socio (17. 2).

> Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

In dieser Stelle findet sich allerdings nicht die leiseste Andeutung auf einen Abschluß im Namen der Societät, allein hier muß die obige Deduction ergänzend eingreifen. Will man mir vorwerfen, daß ich damit etwas in die Stelle hineintrage, so frage ich bloß, ob wir dasselbe nicht in unzähligen andern Fällen thun, und ob nicht gerade darin die Aufgabe der Interpretation besteht, abgerissene Quellenäußerungen mit sonstigen allgemeinen Grundsätzen in Einklang zu bringen? Will man sich dazu in diesem Fall nicht verstehen, so bleibt nichts übrig, als die Bestimmung der Stelle für eine Singularität der Societät zu erklären. Bei der Commanditen- und Actiengesellschaft müßte man dann von der Ausnahme wieder eine Ausnahme statuiren, da nach der richtigen Ansicht der Commanditist so wenig wie der Actionär selbst im Fall einer in rem versio für die Societätsschulden haftet [73]).

---

73) d. h. er hat den ausgezahlten Gewinn, beziehungsweise die Dividende nicht zu restituiren. Thöl, Handelsr. I. § 42 (Aufl. 3 S. 191 Anm. 9) und § 46 (S. 203 Anm. 6).

Nach der von mir vertheidigten Ansicht würde die Nichthaftung des Commanditisten und Actionärs eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen überall nicht enthalten, und die richtige Ansicht, die man nicht selten mit höchst unhaltbaren Gründen zu vertheidigen gesucht hat, würde sich einfach dadurch rechtfertigen, daß Commanditist und Actionäre ebensowenig wie andere Principale durch die Verträge ihres Ersatzmannes dritten Personen verpflichtet werden, mögen sie zu den Verträgen Auftrag gegeben oder sie hinterher genehmigt oder Nutzen davon gehabt haben. Will man der in rem versio im Societätsverhältniß eine verpflichtende Kraft zugestehen, so muß man dasselbe auch rücksichtlich der Ratihabition thun, und es müßten mithin der Commanditist und die Actionäre sowohl wie der gewöhnliche Gesellschafter auch dann verpflichtet werden, wenn sie bei der Rechnungsablage die Geschäftsführung des Complementars und der Verwalter der Actiengesellschaft ratihabirt hätten, selbst ohne daß der erzielte Gewinn in ihre Hände gekommen wäre. Denn die Ratihabition hat, wie oben bereits bemerkt, ganz die Kraft der in rem versio; was von letzterer, muß auch von ersterer gelten.

Das Resultat der letzten Ausführung bestände demnach darin: der Principal wird durch die Contracte des Ersatzmannes dritten Personen nie verpflichtet, selbst nicht im Fall einer in rem versio; ein Klagrecht der letztern läßt sich juristisch in keiner Weise deduciren.

Dasselbe gilt nun aber umgekehrt von dem Klagrecht des Principals gegen die Contrahenten seines Ersatzmannes. Wie Letzterer ausschließlich verpflichtet wird, so wird er auch ausschließlich berechtigt. Der Principal kann also die Klage gegen den Dritten nur durch Cession erhalten[74]), oder in-

74) l. 1 § 11 Depos. (16. 3) . . . si vero tuo nomine receperit,

soweit eine Verpflichtung zur Cession besteht, nach bekannten Grundsätzen unserer Praxis als actio utilis. Diese Beschränkung: insoweit eine Verpflichtung besteht, ist hier aber von entscheidender Wichtigkeit, und ich muß sie um so mehr betonen, als sie nicht selten außer Acht gelassen wird. Schließt die Mittelsperson als Stellvertreter ab, so hat der Principal die Klage gegen den Dritten nach heutigem Recht sofort und ohne alle weitere Voraussetzung, also z. B. selbst dann, wenn der Stellvertreter den Kaufpreis für ihn ausgelegt hat. Der Dritte hat von Anfang an den Principal als seinen eigentlichen Gläubiger zu betrachten. Ganz anders, wenn er mit einem Ersatzmann contrahirt hat. Hier ist und bleibt Letzterer sein Gläubiger, so lange derselbe nicht die Klage dem Principal cedirt, und dieser ihm, dem Schuldner denunciirt hat. Vor der Denunciation kann er also wie jeder andere debitor cessus dem Cedenten Zahlung leisten, auch wenn er anderweitig Kunde von der Cession erlangt hat oder von Anfang um das Verhältniß des Ersatzmannes zum Principal wußte. Der Ersatzmann (möge er in Folge eines Mandats, Amts oder als neg. gest. gehandelt haben) ist aber nicht schlechthin und sofort zur Cession verpflichtet, er kann vielmehr, wenn er auf Grund seiner Geschäftsführung zu Gegenforderungen, z. B. auf Ersatz seiner Auslagen oder auf Abnahme der eingegangenen Verpflichtungen berechtigt ist, die Cession nach Grundsätzen der exc. doli oder des Retentionsrechts so lange vorenthalten, bis der Gegner seinerseits geleistet hat. Hat er dieserhalb die act. contraria [75]), so kann er seinen Anspruch auch excipiendo der

---

tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi l. 43, l. 45 pr. Mand. (17. 1) l. 49 § 2 de poss. (41. 2) l. 2, l. 7 Cod. si cert. (4. 2).

75) l. 45 pr. Mand. (17. 1).

auf Cession gerichteten actio directa entgegensetzen, und so lange die Cession von ihm nicht erzwungen werden kann, darf man dem Principal auch keine act. util. gewähren. Wenn dies dennoch wohl hie und da in der Praxis geschieht, wie mir denn selbst derartige Fälle bekannt sind, so ist dies im höchsten Grade zu mißbilligen, und beruht nicht auf irgend einem praktischen Bedürfniß oder einem Billigkeitsgrund, sondern lediglich auf der Verwechselung des Ersatzmannes und Stellvertreters. Die rechtliche Sicherheit des Ersatzmannes wird dadurch in hohem Grade gefährdet. Man nehme an, daß er bedeutende Ankäufe von Landesproducten auf Lieferungszeit gemacht, den Kaufpreis aber selbst verlegt hat. Will man hier dem Principal bei Eintritt des Lieferungstermins eine act. emti utilis gegen die Verkäufer geben, so verliert der Ersatzmann jede Deckung ihm gegenüber. Wird an ihn selbst abgeliefert, so erhält er nach unsern obigen Ausführungen Besitz und Eigenthum und kann die Herausgabe der Waare so lange vorenthalten, bis sein Committent ihn wegen seiner Auslagen befriedigt hat. Dasselbe muß mithin, wenn er die Waaren noch nicht in Händen hat, auch von der Abtretung der Klage gelten.

Das Resultat der bisherigen Ausführung besteht demnach darin: das Rechtsgeschäft des Ersatzmannes begründet Wirkungen lediglich für ihn selbst, sowohl was Besitz und Eigenthum, als was die obligatorischen Wirkungen desselben betrifft, der Principal steht dem Geschäft als solchem so fern, wie jeder Dritte, und der Umstand, daß jene Wirkungen nach beiderseitiger Absicht auf ihn übertragen werden sollen, bringt ihn mit dem Geschäft selbst und dem dritten Contrahenten ebenso wenig in Berührung, wie den Beschenkten mit demjenigen, von dem der Schenker die Sache gekauft hat. Die Uebertragung dieser Wirkungen auf den Prin-

cipal steht also ganz unter allgemeinen Grundsätzen, sowohl was den Anspruch des Principals auf Vornahme derselben, als die Form und Art ihrer Beschaffung anlangt.

So sehr ich nun von der Richtigkeit dieses Princips überzeugt bin, so will ich doch nicht leugnen, daß mir die Anwendung desselben auf ein Verhältniß Schwierigkeiten macht; es ist dies die Usucapion der vom Ersatzmann gekauften Sache in der Person des Principals. Es ist oben bemerkt worden, daß der Ersatzmann nach der l. 13 § 2 de usurp. (41. 3) durch Tradition in eigener Person den Usucapionsbesitz erlangt. Unter welchen Gesichtspunct ist nun der Usucapionsbesitz des Principals zu bringen, wenn ihm die Sache vom Ersatzmann tradirt worden ist? Offenbar nur unter den eines neuen Besitzes (nicht also wie der des Erben unter den einer bloßen Fortsetzung des bisherigen Besitzes) und daraus ergiebt sich denn, daß der Principal im Moment der Besitzerlangung [76]) in bona fide sein muß. Allein welchen Usucapionstitel soll man ihm zuschreiben? Den titulus pro emtore des Ersatzmannes? Dies ist nicht möglich, denn der Kauf ist nicht auf Namen des Principals abgeschlossen und die Sache selbst ihm nicht tradirt. Der Usucapionstitel kann also nur dem obligatorischen Verhältniß, in dem er zum Ersatzmann steht, entnommen werden. Man könnte nun sagen, der Ersatzmann hat ihm die Sache weiter verkauft und ihm dadurch den titulus pro emtore verschafft. Allein dieser Gesichtspunct ist völlig unhaltbar,

---

76) Gleichgültig wäre es mithin, ob er bei Ertheilung des Auftrages in mala fide war. Der Unterschied wird namentlich in dem Fall wichtig, wenn der Mandant in mala fide war, seine Erben aber, denen die Sache vom Ersatzmann tradirt wird, in bona fide.

und er würde, wenn auch nicht für diese Frage, so doch in andern Beziehungen zu Consequenzen führen, die der Intention der Parteien auf's Entschiedenste widersprechen. Es bleibt also nichts übrig, als zu sagen: der Ersatzmann tradirt, um seiner Verbindlichkeit aus dem Mandat, der neg. gest., Vormundschaft u. s. w. nachzukommen, der titulus ist hier also der pro soluto. An einer directen Aeußerung unserer Quellen über diese Frage fehlt es meines Wissens. Daß der Mandant sich der accessio possessionis des Verkäufers (unde is emit, cui tu emendam mandaveras) bedienen kann, wird freilich in der l. 15 § 2 de divers. (44. 3) bemerkt (wenn wir diese Stelle auf einen Kauf durch einen Ersatzmann beziehen wollen), allein darin liegt keine Antwort auf unsere Frage. Dagegen glaube ich, eine wenigstens indirecte Beantwortung derselben im Sinn der von mir vorgeschlagenen Ansicht in der l. 7 § 2 de usurp. (41. 3) gefunden zu haben. Der Fall der Stelle ist folgender. Ein Sklave hat dem Titius Auftrag gegeben, ihm ein Grundstück zu kaufen, Letzterer hat den Auftrag ausgeführt und tradirt das Grundstück, nachdem inzwischen der Sklave freigelassen ist. Die Worte, die uns hier allein interessiren, sind die am Ende der Stelle: donare potius quam indebitum fundum solvere intelligendus est. Sie beziehen sich auf den Fall, wenn der Titius wußte, daß dem Sklaven bei der Freilassung das Peculium nicht geschenkt worden sei, und stellen mithin für den entgegengesetzten Fall die Tradition an ihn unter den Gesichtspunct einer solutio indebiti. Daraus ergiebt sich aber, daß die Ablieferung der Sache von Seiten eines Ersatzmannes[77]) an den Principal unter den

77) Daß die Stelle einen solchen im Auge hat, brauche ich nicht auszuführen; wäre Titius Stellvertreter gewesen, so hätte der Herr

Gesichtspunct eines solvere fällt, sein Usucapionstitel mithin der pro soluto ist.

---

des Sklaven Besitz und Eigenthum erlangt, und von einem donare von Seiten des Titius könnte gar nicht die Rede sein.

Ich füge bei der Revision der Correctur noch die Bemerkung hinzu, daß ein hiesiger Freund und College von mir, der die Güte hatte, die Correcturbogen durchzusehen, Herr Dr. Siegel, mir statt des Namens Ersatzmann, der allerdings nichts Bezeichnendes enthält, den Ausdruck: stiller Stellvertreter und für den Stellvertreter den Ausdruck: offener Stellvertreter (nach Analogie des stillen socius) in Vorschlag gebracht hat; ich selbst habe früher in meinen Vorlesungen den Ausdruck: stiller Diener für Ersatzmann gebraucht. Ich würde den Vorschlag ohne Weiteres adoptiren, wenn ich nicht fürchtete, daß dadurch der Verwechselung des Stellvertreters und Ersatzmannes, der ich gerade in jeder Weise entgegentreten möchte, von Neuem Vorschub geleistet werde; jedenfalls halte ich es für angemessen, den Vorschlag hier mitzutheilen.

(Die vierte Abtheilung der Abhandlung folgt im nächsten Heft.)

VIII.

Zur Cessionslehre.

Von

Otto Bähr,

Obergerichtsrath in Cassel.

Dieser Aufsatz war schon vorbereitet, als das Erscheinen der Schrift von Kuntze: „Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts“ den Zweifel rege machte, ob nicht durch solche die von mir unternommene Arbeit erübrigt werde. Eine nähere Einsicht jenes Buchs beseitigte diesen Zweifel. Statt darin dasjenige, was practisch Noth thut, erörtert zu finden, las ich dort nur bekannte Theorien, möglichst abstract und noch dazu mit solcher Ueberschwänglichkeit vorgetragen, daß es mir ein doppelt verdienstliches Unternehmen schien, denselben einmal die nüchternen Anschauungen eines Practikers gegenüberzustellen.

Weit größere Zweifel, ob ich nicht die fast vollendete Arbeit bei Seite zu legen habe, machten sich geltend, als vor Kurzem die Schrift Windscheid's „Die Actio des römischen Civilrechts“ ebenfalls eine Behandlung der Cessionslehre und darin Manches in ganz gleichem Sinne mit diesem Aufsatze, zugleich aber in einer Ausführlichkeit zur Erörterung

brachte, wie sie diesseits von vorn herein nicht beabsichtigt war. Gleichwohl scheint mir auch durch dieses Buch das Erscheinen der gegenwärtigen Abhandlung nicht jede Berechtigung verloren zu haben. In sehr wichtigen Punkten, und gerade in solchen, welche auf die praktischen Resultate influenziren, weiche ich von Windscheid ab; und in so weit durfte ich in dessen Schrift sogar eine vermehrte Aufforderung finden, mit meiner Arbeit nicht zurückzuhalten. Selbst aber in solchen Punkten, wo wir beide in Opposition zu der herrschenden Lehre übereinstimmen, vermag das Begegnen zweier unabhängig von einander arbeitenden Juristen in den nämlichen Gedanken für die Wahrheit der letzteren ein um so gewichtigeres Zeugniß abzugeben; während zugleich die Selbständigkeit einer zweiten Darstellung vielleicht dazu beiträgt, jene Wahrheit um so anschaulicher zu machen.

§. 1.

Im Gebiet der Vermögensrechte ist ein Unterschied bemerkbar, je nachdem ihre Natur und Gestaltung einem freien Verkehr sich mehr oder minder günstig erweist; je nachdem sie, kann man auch sagen, zu dem Princip der Mobilität oder Stabilität hinneigen.

Beispiele für diesen Gegensatz bieten im römischen Recht das Eigenthum und die Obligation. Die concentrirte Machtbefugniß, als welche sich das römische dominium charakterisirt, und die dasselbe der Uebertragung fähig macht fast gänzlich unabhängig von den Rechten Anderer, und nur beschränkt durch die wenigen jura in re aliena, welche das römische Recht kennt, ist in hohem Grade dem freien Verkehr günstig. Die römische obligatio war dagegen ihrer ursprünglichen Idee nach mit der Person des Gläubigers untrennbar verwachsen; sie gewährte kein dem Verkehr an-

heimfallendes Recht. Das römische Eigenthum gleicht dem lebenden Thiere, welches sich frei am Boden bewegt; die römische Obligation ist der Pflanze vergleichbar, welche an der Stelle, wo sie entstanden ist, lebt und stirbt.

Als das römische Recht in Deutschland eindrang, fand es zum Theil sehr verschiedene Verhältnisse vor. Das Eigenthum an dem wichtigsten Werthgegenstande, an Grund und Boden, war, mindestens seiner praktischen Gestaltung nach, ein ganz anderes, als das römische dominium. Es war keineswegs jenes ausschließliche Recht eines Einzelnen; es hafteten daran auf die mannichfaltigste Weise Rechte der Genossenschaften, der Familie, lehns- und leiheherrliche Verbände und obligationenartige Belastungen; lauter Verhältnisse, welche den freien Verkehr in hohem Maaße erschwerten und hemmten [1]). Auch vermochte das römische Recht diese Gestaltung der Dinge keineswegs sofort zu verdrängen; das in ihm geltende Princip der Mobilität mußte dem deutschrechtlichen Princip der Stabilität weichen.

Die römische Obligation fand dagegen bei ihrem Eindringen in die moderne Welt keinen ähnlichen Widerstand vor. Bereits im späteren römischen Recht war der Anfang gemacht, durch dasjenige Rechtsgeschäft, welches wir unter dem Namen der Cession kennen, eine Uebertragbarkeit der Forderungsrechte praktisch zu realisiren und solchergestalt dieselben zum Gegenstand des Vermögensaustausches zu machen. Diese Rechtsbildung schien vorerst auch dem modernen Rechtsleben zu genügen. Nur im Handelsverkehr begann bereits ein regeres Leben sich zu entfalten, und rief dort den Wechsel hervor; eine Obligation, welche gerade dadurch zu den

1) Dagegen war das deutschrechtliche Eigenthum an Mobilien zufolge des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" dem Verkehr noch günstiger als das röm. dominium.

römisch-rechtlichen Obligationen im Gegensatz steht, daß für ihre Uebertragbarkeit freiere, der Eigenthumslehre entnommene Grundsätze gelten.

Der große Umschwung, den die Verkehrsverhältnisse seit den letzten Jahrhunderten erlitten, konnte auch auf die Rechtsbildung nicht ohne Einfluß bleiben. Alle Vermögensrechte gewannen das Streben, aus dem Zustand der Stabilität in den der Mobilität überzugehen. Dieses Streben, soweit man ihm Folge gab, mußte aber für das Eigenthum und für die Obligation ganz verschieden wirken; dort mußte es zu einer Annäherung an die römische Lehre, hier zu einer Entfernung von derselben führen.

Im Gebiet des Grundeigenthums sehen wir daher Näherrechte, Reallasten, Hufen- und Leiheverbände ꝛc. immer mehr verschwinden; die ganze Tendenz der Neuzeit ist darauf gerichtet, das deutsch-rechtliche Eigenthum an Grund und Boden in das rein römische dominium umzuwandeln. Im Gebiet der Obligation schritt man dagegen auf dem bereits durch den Wechsel angebahnten Wege weiter; und so vollendete sich die Kette von Rechtsgebilden, welche — ähnlich jenen Zwittergeschöpfen zwischen Pflanzen- und Thierreich — den Uebergang zwischen Obligation und Eigenthum vermitteln und in folgender Reihe sich veranschaulichen:

Schuldschein — Wechsel — Obligation au porteur — Papiergeld — Geld.

Dem gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr verblieb indessen die römisch-rechtliche Obligation mit ihrer Uebertragbarkeit durch Cession. Für letztere stellte die Theorie nach wie vor die römische Lehre auf, wobei man, insonderheit nachdem in neuerer Zeit historisches Streben wieder erwacht war, an die ursprünglich jenem Rechtsgeschäft zu Grunde liegende Idee der Bestellung eines in rem suam procurator an-

knüpfte. Eine oberflächliche Bekanntschaft mit unserer Gerichtspraxis lehrt aber sofort, daß die Cession und die auf sie zurückzuführenden Rechtsinstitute nach der Mannichfaltigkeit und Häufigkeit ihrer Anwendung in unserem heutigen Rechtsleben eine ungleich bedeutendere Rolle spielen, als diejenige war, auf welche die dürftige Behandlung jenes Instituts in den Quellen bei den Römern hindeutet. Um so näher war daher die Frage gelegt, ob die Cession nicht auch innerlich etwas anderes geworden? — Man hat diese Frage wirklich in neuester Zeit erhoben und bejaht, indem man geltend machte, den heutigen Rechtsansichten sei die Auffassung des Cessionars als eines in rem suam procurator völlig fremd geworden; bei uns unterliege die Obligation, wie jedes andere Vermögensobject, der freien Uebertragung. Von anderer Seite ist dem widersprochen und die römische Anschauung als die noch geltende vertheidigt worden.

Soweit mir dieser Streit bekannt ist, hat derselbe jenen rein theoretischen, unfruchtbaren Charakter gehabt, der freilich gar manchen Streitigkeiten unserer Juristen eigenthümlich ist [2]). Statt von concreten Fragen auszugehen und mit Rücksicht auf sie die leitenden Principien zu erforschen, hat man sich mit allgemeinen Sätzen herumgetrieben, bei denen man oftmals kaum weiß, ob der über sie geführte Streit ein Sachen- oder nur ein Wortstreit ist. Man hat darüber gestritten, ob die Cession noch heutzutage ein mandatum in rem propriam sei; ob durch sie das Recht der Obligation oder nur deren Ausübung übertragen werde, ob sie eine Singular-Succession enthalte u. s. w.; Fragen,

2) Windscheid, welcher allerdings in die Verhältnisse tiefer eingeht, hat gleichwohl die reiche Frucht, welche ihm die mit Einsicht und Kraft unternommne Emancipirung von hergebrachten Axiomen hätte bringen können, wie mir scheint, unreif abgebrochen.

bei denen Mancher, der sie im Munde führt, vielleicht in Verlegenheit gerathen möchte, wenn er sagen sollte, was denn das nun eigentlich praktisch zu bedeuten habe [3]). Denn die bekannten Sätze, daß vor erlangter Kunde von der Cession der debitor cessus noch an den Cedenten wirksam zahlen könne, daß der Cessionar sich Einreden aus der Person des Cedenten gefallen lassen müsse; andererseits, daß nach geschehener Kundgebung der Schuldner den Dispositionen des Cedenten keine Folge geben dürfe, und daß der Schuldner auch Einreden aus der Person des Cessionars zu erheben befugt sei — diese Sätze liegen in der That außerhalb des Streits, da sie jeder Theil dem anderen unbedenklich zugiebt. Wirklich aber giebt es viele praktisch höchst wichtige Fragen, welche nur auf Grundlage einer klaren Anschauung über das Wesen der Cession zu einer sicheren und befriedigenden Lösung gelangen können. Ich will hier gleich eine Reihe derselben zusammenstellen:

Hat der Cedent, so lange der Cessionar dem Schuldner noch nicht die Cession denunciirt hat, ein Recht auf Zahlung der Schuld, oder kann der Schuldner auch bei anderweit erlangter Kunde von der Cession aus dieser einen Einwand entnehmen?

Welche Art der Kunde von der Cession genügt, um den

---

3) Man vergl. z. B. das naive Geständniß von Kuntze (a. a. O. S. 345), welchem sich der Einwand aufdrängt, ob es nicht bei der definitiven Aufhebung aller „Geltendmachungsbefugniß“ überflüssig sei, die Obligation des „Urgläubigers“ nach der Cession noch als fortdauernd anzunehmen; darauf aber antwortet: „Nun! ein praktisches und äußerliches Interesse fehlt allerdings an dieser Daseinsfristung; aber als Männer der Wissenschaft (sic!) müssen wir die Möglichkeit eines theoretischen und innerlichen Bedürfnisses anerkennen.“ — Mir ist vor Allem die Daseinsfristung einer Wissenschaft zweifelhaften Werthes, welche mit ihren mühsam erkämpften Resultaten nichts anzufangen weiß.

Schuldner zu verpflichten, den Dispositionen des Cedenten nicht weiter Folge zu geben?

Geht von mehreren Cessionaren desselben Gläubigers derjenige vor, welcher zuerst Cession empfangen, oder welcher zuerst denunciirt hat?

Kann, wenn nach bewirkter Cession der Cedent oder ein zweiter Cessionar die Forderung eingenommen hat, der erste Cessionar das Empfangene von ihm erstattet begehren?

Ist der Schuldner, wenn er an einen vermeintlichen Cessionar gezahlt hat und hierauf nochmals wegen der Forderung mit Erfolg in Anspruch genommen wird, für die Rückforderung des Gezahlten an die Voraussetzungen der condictio indebiti gebunden?

Hat der Cessionar wider den Cedenten ein Recht auf Ausstellung eines Cessionsinstruments?

Steht überhaupt denjenigen, welche auf die nämliche Forderung Ansprüche machen, wider einander eine Klage auf Feststellung ihrer Berechtigung an der Forderung zu?

Welche Schutzmittel sind dem Schuldner, der gleichzeitig von Mehreren auf die nämliche Forderung angegriffen wird, gegeben, um die Gefahr, doppelt zahlen zu müssen, von sich abzuwenden?

Ueber alle diese Fragen herrschen in Theorie und Praxis theils unklare oder irrige Ansichten; theils ist man noch nicht einmal so weit gelangt, jene Fragen überhaupt sich zu stellen und als berechtigt anzuerkennen. Insonderheit ist der letzthervorgehobene Punkt nach meinen praktischen Erfahrungen von der größten Wichtigkeit, hat aber bisher kaum Beachtung gefunden. Bei dem gewaltigen Verkehrsgetriebe, welches heutzutage mit Forderungsrechten statt findet, kann man es täglich sehen, wie auf ein und dieselbe Forderung zwei, drei und mehr Personen Anspruch erheben. Neben dem ursprüng-

lichen Gläubiger macht vielleicht ein Anderer an der Forderung eine angebliche Cession, ein Dritter ein gesetzliches Pfandrecht, ein Vierter eine Zwangseinweisung, ein Fünfter eine s. g. fingirte Cession, ein Sechster eine Arrestbestrickung [4]) u. s. w. geltend, und zwar dies Alles auf den Grund von Thatsachen, deren Existenz und rechtliche Beurtheilung nichts weniger als sicher und zweifellos ist. Allen diesen Forderungsprätendenten soll nun der unglückliche Schuldner zu Recht stehen. Ihm gegenüber läßt man die zweifelhaften That- und Rechtsfragen, von denen der Vorzug der verschiedenen Forderungsprätendenten abhängt, austragen; und wenn dieselben — wie doch leicht möglich — in den verschiedenen Processen verschieden entschieden werden, so muß der Schuldner doppelt zahlen. Namentlich lehrt man: die subjective Berechtigung des Klägers an der Forderung (die s. g. Sachlegitimation) ist ein Theil des Klaggrundes, welcher eben so wie alle anderen Klagthatsachen wider den Verklagten zu beweisen steht. Man läßt daher den Cessionar zum Beweise der Cession auch lediglich mittelst Eidesdelation zu. Der Schuldner, welcher vielleicht davon, daß die Cession wirklich stattgehabt, mehr oder weniger bestimmte Kenntniß hat und daher den ihm zugeschobenen Eid nicht mit gutem Gewissen schwören kann, ist genöthigt, denselben zurück-

4) Die Arrestbestrickung einer Forderung bewirkt zwar noch nicht, wie die Zwangscession (welche die Bestellung eines richterlichen Pfandrechts zum Zwecke der Hülfsvollstreckung enthält), eine wirkliche Uebertragung des Klagrechts auf den Arrestimpetranten. Indem sie aber die Forderung den Einwirkungen des Impetraten entzieht, äußert sie eine der Cession ähnliche Wirkung; man könnte sie als eine anticipirte Zwangscession mit suspendirter Befugniß der Einklagung bezeichnen. — Auch der Concurscurator hat bezüglich der auf die Concursmasse übergegangenen Forderungen des Cridars eine dem Cessionar ähnliche Stellung.

zuschieben; und der Cessionar weist nun durch Ausschwörung dieses Eides seine Berechtigung auf die Forderung nach. Hiernächst klagt der ursprüngliche Gläubiger oder ein anderer Cessionar desselben die nämliche Forderung ein, und nun soll umgekehrt der Schuldner deren Uebergang auf den früheren Kläger nachweisen. Er hat dazu kein anderes Beweismittel, als ebenfalls den Eid; der neue Kläger aber nimmt diesen an und schwört ihn aus; — und der Schuldner wird nun zum zweiten Male zur Zahlung verurtheilt. Kurz, man macht durch die Anschauungen, die man über die rechtliche Natur der Sachlegitimation bei Forderungsrechten hat, den Schuldner geradezu zum Opfer fremden Streites. Wer in der Praxis zu Hause ist, wird wissen, welche Verlegenheiten auf diese Weise für die Schuldner und selbst für die Gläubiger [5]) entstehen, und wie dringend das Bedürfniß einer Abhülfe gefühlt wird. Denn daß deshalb, weil es zweifelhaft ist, wem eine Forderung eigentlich zustehe, der Schuldner nicht genöthigt werden dürfe, doppelt zu zahlen, ist ein Satz, der sich dem einfachsten Rechtsgefühle aufdrängt, und nur allenfalls von Juristen verkannt werden kann [6]).

---

5) Für diese insofern, als die Gerichte sie nicht einmal, selbst wenn sie es wollen, zum Streite mit demjenigen, mit welchem sie es eigentlich zu thun haben, dem concurrirenden Forderungsprätendenten, zulassen.

6) Als Beleg für die Mißstände, welche aus jenen in der Praxis herrschenden Anschauungen hervorgehen, kann ein in der Kurh. Zeitschr. f. Recht u. Gesetzgeb. Hft. II. S. 237 flg. (1837) besprochener Rechtsfall (Kümmelsche Erb. c. Gmde. Nauheim) dienen. Der verstorbene K. hatte der Gemeinde N. ein Darlehn in eigenem Namen gegeben und die Schuldverschreibung seiner vorgesetzten Behörde als Dienstcaution verpfändet. Da er insolvent und mit Kassenreceß verstarb, wollte nun der Fiscus das Geld erheben. Da klagte auch der Vater des K. (später die Erben dieses Vaters) gegen die Gemeinde das Darlehn ein, indem sie behaupteten, das dargeliehene Geld habe dem Vater

Eine richtige Theorie der Cessionslehre, wie sie der obgedachte wissenschaftliche Streit, wenn auch ohne sonderlichen praktischen Erfolg, angestrebt hat, wird auch diese Mißstände zu beseitigen vermögen. Bei jenem Streite scheinen mir aber in gewissem Sinne beide Theile Recht zu haben.

Ursprünglich war das Geschäft, welches die Grundlage der heutigen Cession bildet, allerdings nichts weiter als ein mandatum ad agendum, eine rein formelle, keinen sachlichen Rechtsstoff in sich tragende Ermächtigung, statt des ursprünglichen Gläubigers den Gegenstand der Forderung im Wege des Processes sich anzueignen; und dieser Charakter jenes Rechtsgeschäfts ist der im classischen Recht entschieden vorherrschende.

In dem Verhältnisse zwischen Cedent und Cessionar aber entwickelte sich hieraus ein neues, selbständiges Rechtsgeschäft, welches das Klagrecht aus einer Forderung als ein vollkommenes Recht übertrug, und dadurch die Forderung selbst zum Gegenstand des Verkehres erhob. Diese Entwickelung des eigentlichen Cessionsbegriffs hatte bereits im classischen Recht begonnen, ist aber erst später, jedenfalls

gehört und der Sohn habe es in dessen Auftrag ausgeliehen. Obgleich der Staatsanwalt in diesem Processe interveniendo auftrat, ward doch der ganze Streit, der sich durch die verschiedensten Stadien hindurch über 20 Jahre lang hinzog, stets unter Mitwirkung der Gemeinde — der es ganz einerlei war, an wen sie das Geld zahlen sollte — geführt und diese dadurch genöthigt, einige hundert Thaler Proceßkosten aufzuwenden. Auf einzelne in diesem Streite ergangene Entscheidungen werde ich noch später zurückkommen. — Auch bei der Kurhess. Staatskasse entstehen fortwährend Verlegenheiten, indem Gläubiger in den Gehalt von Staatsdienern sich einweisen lassen, das Vorzugsrecht dieser Gläubiger unter einander aber oft auf sehr zweifelhaften Rechtsfragen beruht, und nun von der Schuldnerin verlangt wird, daß sie diese Rechtsfragen auf ihre Gefahr entscheide.

im heutigen Rechte zur Vollendung gelangt. Demgemäß bildet die Cession in ihrer dermaligen Bedeutung ein Rechtsgeschäft, welches, ganz ähnlich wie die Tradition das Eigenthum an einer Sache, die Klagberechtigung aus einer Forderung oder auch — denn ich scheue den Ausdruck nicht — das Eigenthum an einer Forderung aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars überträgt.

Auf das Verhältniß zwischen Cessionar und debitor cessus ist dagegen diese Entwickelung im Wesentlichen ohne Einfluß geblieben; und mußte ohne Einfluß bleiben, wenn man anders dem Schuldner gerecht bleiben wollte. Soweit es sich daher um die Rechte des Schuldners handelt, ist der Cessionar auch jetzt noch im Wesentlichen nach den Grundsätzen eines procurator des ursprünglichen Gläubigers zu beurtheilen. Dies hat sich aber nicht allein in den gewöhnlich daran geknüpften Sätzen, daß der Cessionar sich Einreden aus der Person des Cedenten gefallen lassen müsse u. s. w., zu bewähren, sondern es sind noch andere, namentlich processualisch wichtige Folgen daraus abzuleiten. Sache der Wissenschaft, vor Allen der Romanisten in derselben, wäre es gewesen, den fluctuirenden Bestrebungen der Zeit gegenüber jenen römischen Standpunkt festzuhalten und auszubilden, nicht etwa nur, weil er der römische ist, sondern auch weil ihn das heutige Bedürfniß ebenso dringend erheischt, wie das des römischen Rechtslebens. Man hat dies nicht gethan, und dadurch den Schuldner den größten Bedrängnissen Preis gegeben.

Zweck dieses Aufsatzes ist es, die hier vorläufig skizzirte Anschauung über das Wesen der Cession näher auszuführen, dadurch auf theoretischem Gebiet den erwähnten Streit, wo nicht zu erledigen, doch wenigstens in ein praktisches Bette überzuleiten; in der Praxis aber auf eine Berichtigung mancher,

aus einer ungenügenden Theorie hervorgehenden Irrthümer und Unklarheiten, namentlich aber auf eine Beseitigung der Gefahren hinzuwirken, mit denen die moderne Anschauung über die Mobilität der Forderungsrechte den Schuldner umgiebt. Als Hauptziel meiner Ausführung in letzterer Richtung kann ich schon hier den Satz aufstellen: die Sachlegitimation des Cessionars ist ein Verhältniß, welches nicht etwa nur bewiesen, sondern zugleich dem Schuldner garantirt werden muß.

§. 2.

Versetzen wir uns in die Zeit des römischen Rechtes zurück, wo der Cessionsbegriff noch nicht ausgebildet war, und fragen nach den Mitteln, welche dem Gläubiger zu Gebote standen, um den Vermögensinhalt eines Forderungsrechts einem Dritten zuzuwenden: so boten sich hierfür folgende Wege dar:

1) Der Gläubiger konnte den Dritten ermächtigen, sich den Gegenstand der Forderung von dem Schuldner zahlen zu lassen. Darin lag zugleich die Ermächtigung für den Schuldner, an den Dritten zu zahlen. Zahlte nun der Schuldner wirklich, so war diesem dadurch der Vermögensinhalt des Forderungsrechts zu Theil geworden, aber nicht mittelst des Forderungsrechts selbst, sondern mittelst dessen Lösung. Nur die Eigenthumsübertragung (Zahlung) von Seiten des Schuldners, nicht die Ermächtigung zum Zahlungsempfang von Seiten des Gläubigers war es, welche die Vermögenszuwendung enthielt. Diese Ermächtigung (Gestattung, Erlaubniß) begründete nur eine persönliche Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Dritten, auf welche man die Grundsätze des Mandats anwandte, obgleich dies insofern nicht vollkommen paßte, als der Mandatscontract ur-

sprünglich auf das Interesse des Mandanten berechnet ist[7]), während die hier fragliche Ermächtigung bestimmt war, dem Interesse des Ermächtigten zu dienen. Wie das Mandat, wurde daher auch jene Ermächtigung als willkührlichem Widerruf unterworfen und unvererblich betrachtet. Der Gläubiger war durch sie nicht gehindert, selbst die Zahlung einzucassiren; er nahm damit eben nur die Ermächtigung zurück. Gab der Gläubiger Mehreren die nämliche Ermächtigung, so war ein Jeder derselben gleich berechtigt, Zahlung zu empfangen, und es gieng derjenige vor, welcher zuerst empfing. Weigerte der Schuldner, dem Dritten Zahlung zu leisten, so fehlte diesem vollends das Mittel, solche zu erzwingen; denn das Recht der Klage war ihm nicht übertragen. Jene Ermächtigung gewährte daher nur eine Befugniß, nicht ein eigentliches, einen sachlichen Stoff erfassendes Recht, gleichsam nur ein Anrecht auf einen noch zu erwartenden Vermögenserwerb, welcher sich erst mit der wirklich geleisteten Zahlung realisirte. Consequent hiermit wurde dann aber auch der juristische Zweck (die causa), weshalb der Inhalt des Forderungsrechts dem Dritten zugewendet werden sollte, nicht schon mit der mehrgedachten Ermächtigung, sondern erst mit der Zahlung für erfüllt erachtet; und wenn daher die Ueberweisung zum Zwecke der Tilgung einer eigenen Schuld des Gläubigers an den Dritten (solvendi causa) erfolgt war, so hörte der Gläubiger nicht sofort, sondern erst mit der erfolgten Zahlung seines Schuldners auf, Schuldner des Dritten zu sein.

Die dargestellten Grundsätze werden um so mehr einleuchten, als sie auch heute noch für das fragliche Rechtsgeschäft, die Assignation, wo sie in voller Reinheit zu

---

7) Dies tritt deutlich hervor in der dem Mandanten zustehenden actio mand. directa.

Tage tritt, gelten, und namentlich in dem Satze sich abspiegeln: Anweisung ist keine Zahlung.

2) Statt zum Zahlungsempfang konnte der Gläubiger den Dritten auch ermächtigen, den Betrag der Forderung, deren Vermögensinhalt diesem zugewendet werden sollte, von dem Schuldner zu stipuliren. Dieses Verfahren rückte dem Zwecke, Forderungsrechte in Verkehr zu setzen, schon näher. Ließ sich der Schuldner auf die Stipulation ein, so hörte damit der bisherige Gläubiger auf, Gläubiger zu sein, und statt dessen wurde der Dritte Gläubiger einer Forderung, welche Object und Schuldner mit der Forderung des bisherigen Gläubigers gemein hatte. Faktisch und dem äußeren Erfolg nach vermochte also auf diese Weise eine Art Uebertragung der Forderung bewirkt zu werden; und wir finden daher bei Gajus [8]), welcher die Unveräußerlichkeit der Obligationen bespricht, auf dieses praktische Surrogat einer wirklichen Uebertragung der Obligation hingewiesen. Sehen wir aber auf die juristische Structur des Vorgangs, so war es auch hier nicht die alte Obligation, welche übertragen worden wäre, sondern eine neugeschaffene, welche die ältere ablöste (novirte), und solchergestalt den Vermögensinhalt der letzteren dem Dritten in veränderter Gestalt zuwendete. Diese neugeschaffene Forderung war so wenig identisch mit der älteren, als sie vielmehr die besondern Qualitäten der ältern nicht mehr an sich trug und von dieser an sich unabhängig — als ein abstractes Forderungsrecht (Formalobligation) — dastand [9]). Auch hier war es ferner nur die Handlung (pro-

8) Instit. II. §. 38.

9) Freilich konnte eine Abhängigkeit dennoch herbeigeführt werden durch die relative Fassung der Stipulationsformel, indem der Schuldner nur versprach: quidquid eum ex emto etc. Titio dare facere oportebat (vergl. die Formulare bei Brisson. de Form. VI. 165).

missio) des Schuldners, nicht die Ermächtigung von Seiten des Gläubigers, was die Vermögenszuwendung bewirkte. Auch hier gewährte diese Ermächtigung nur ein widerrufliches, unvererbliches, dem Zuvorkommen jedes andern gleich Ermächtigten ausgesetztes, und von dem guten Willen des Schuldners abhängiges Anrecht auf einen zukünftigen Erwerb. Juristisch stand daher diese Art der Schuldüberweisung — wir pflegen sie heute ausschließlich Delegation zu nennen — mit der Assignation ganz auf gleicher Stufe; bei beiden ging die Anweisung dahin, sich von dem Schuldner befriedigen zu lassen, dort mit dem Gegenstand der Forderung in Natur, hier mit einem, diesem Gegenstand entsprechenden, neuen Forderungsrechte.

Beide bisher betrachteten Verfahrungsweisen konnten dem Bedürfnisse, Forderungen als solche zu übertragen, nicht genügen. Hätte man auch für die Ermächtigung zur Entgegennahme von Zahlung oder Schuldversprechen die Grundsätze des Mandats aufgeben und dieselbe zu einem unwiderruflichen Rechtsgeschäfte machen wollen: so war doch noch immer die Abhängigkeit des dem Dritten zugewiesenen Rechts von dem guten Willen des Schuldners, welche verhinderte, schon in jener Ermächtigung selbst eine vollendete Vermögenszuwendung zu erblicken. Es war natürlich, daß jener gute Wille besonders dann fehlte, wenn der Schuldner die Forderung bestritt, während doch auch für Fälle dieser Art das Bedürfniß einer Uebertragbarkeit der Forderung sich fühlbar machen mußte.

3) Es ließ sich nun die Uebertragung des Vermögensinhalts einer Forderung noch auf einem dritten Wege herstellen. Für dessen Betrachtung müssen wir uns zunächst daran erinnern, daß — wie Ihering[10]) in treffenden Zügen geschildert

10) Geist des römischen Rechts I. S. 156 fl.

hat — die heutige Auffassung des Processes, als eines von der Obrigkeit kraft ihres Berufs zur Rechtsverwirklichung eingeleiteten, nöthigenfalls zwangsweise durchzuführenden Verfahrens dem älteren römischen Rechte fremd war, daß vielmehr nach der dort vorherrschenden Anschauung die Partreien, wenn auch gedrängt durch die Macht der Sitte und das bei verweigertem Austrage dem Gläubiger zustehende Recht der Selbsthülfe, doch im rechtlichen Sinne freiwillig sich der richterlichen Entscheidung unterwarfen. Grundlage des älteren römischen Processes war also ein Vertrag der Parteien, vielleicht sogar ein wirklicher Formalvertrag, die litis contestatio [11]). Durch diesen Vertrag einigten sich dieselben, fortan nicht mehr das ursprüngliche Rechtsverhältniß, sondern nur noch das unter sich gelten zu lassen, was durch das Rechtsverfahren festgestellt und vom Richter ausgesprochen werden würde [12]). Die solchergestalt aus der litis contestatio hervorgehende Obligation hatte hiernach eine ganz ähnliche Natur, wie die durch novirende Stipulation begründete [13]); sie tilgte das frühere Rechtsverhältniß, indem sie an dessen Stelle eine neue Formalobligation setzte, welche sich im Urtheile purificirte. So wie ich nun dasjenige, was mir geschuldet wird, statt selbst es von meinem Schuldner zu stipuliren, einem Dritten dadurch zuwenden konnte, daß ich diesem gestattete, statt meiner die Stipulation einzugehen, so konnte ich auch, statt selbst in die Proceßobligation activ einzutreten, einen Dritten hierzu ermächtigen. Dieser wurde, indem er die Litiscontestation statt meiner vollzog, Inhaber der neubegründeten Proceßobligation, in ganz ähnlicher Weise,

11) Vergl. Savigny, Syst. VI. S. 31.

12) Gaj. III. §. 180.

13) L. 3. §. 11. de pecul., (15, 1) — sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi —.

wie der Delegatar durch Stipulation mit dem Schuldner statt des ursprünglichen Gläubigers Inhaber der Verbalobligation wurde.

Die Möglichkeit, für sich einen Dritten in den Proceß eintreten zu lassen, konnte nun nach einer doppelten Seite hin praktisch nutzbar gemacht werden; einmal für den processualischen Zweck, den Proceß durch einen Stellvertreter (cognitor oder procurator) führen zu lassen. In diesem Falle war es jedoch nöthig, die endliche Realisirung des Rechtsstreites auf den ursprünglichen Gläubiger zurück zu übertragen; und dies geschah durch die Connivenz des prätorischen Rechts, indem nach den Bestimmungen des Edicts die actio judicati aus dem zu Gunsten des Stellvertreters ergangenen Urtheile, desgleichen die Klage aus den vom Stellvertreter eingegangenen Proceßstipulationen dem ursprünglich Berechtigten utiliter gewährt wurde [14]). In diesem Falle hatte also der Eintritt eines Dritten in den Proceß im Wesentlichen einen nur formalen Charakter.

Es konnte aber auch jene Möglichkeit zu dem materiellen Zwecke benutzt werden, um dadurch dem Dritten den Vermögensinhalt der Forderung wirklich und bleibend zuzuwenden. Auch in diesem Falle finden wir den in den Proceß Eintretenden nach seiner formalen Stellung als cognitor oder procurator bezeichnet [15]), jedoch mit dem erläuternden Zusatze, daß er in rem suam bestellt sei.

Die vom Gläubiger einem Dritten ertheilte Ermächtigung,

14) Ich übergehe hier den Streit, ob auch die aus dem Processe des cognitor angestellte actio judicati eine utilis gewesen sei. (Vgl. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 176 ff. Bekker, Proceß. Consumt. S. 148. Kunze a. a. O. S. 36. Windscheid, Actio S. 123 N. 5.)

15) Ein Zeichen, daß der Eintritt eines Dritten in den Proceß früher zu dem erstgedachten processualischen, als zu dem hier in Rede stehenden materiellen Zweck nutzbar gemacht wurde.

als cognitor oder procurator in rem suam in den Proceß einzutreten, war hiernach ursprünglich ein der Delegation gleichartiges Geschäft. Ja, wir finden sogar diese Art der Forderungsüberweisung ausdrücklich unter dem Namen der Delegation mitbegriffen[16]). Ganz wie bei dieser letzteren war es ursprünglich nicht schon die Ermächtigung von Seiten des Gläubigers, sondern der Eintritt in den Proceß selbst, die mit dem Schuldner vollzogene litis contestatio, was den Vermögenserwerb für den Dritten begründete. Bis dahin, daß diese erfolgt war, beruhte das Recht des zur Klage Ermächtigten auf der wandelbaren Grundlage eines frei widerruflichen, unvererblichen Mandats, durch welches an sich nicht einmal ein obligatorisches Band, sondern nur die oben geschilderte persönliche Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Klagermächtigten hergestellt wurde[17]).

16) L. 11. §. 1. de novat. 46, 2 (Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.) l. 51. i. f. d. pecul. 15, 1. (— in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro justa praestatione est.) — In anderen Stellen wird freilich unter delegatio speciell der Forderungsübergang per stipulationem verstanden, indem der Forderungsübergang per litiscontestationem noch daneben genannt wird. Vergl. z. B. c. 2. de obl. et act. 4, 10. c. 1 u. 3. de novat. 8, 42. Vat. Fragm. §. 263. — Heutzutage ist es gerechtfertigt, den Ausdruck Delegation nur in dieser engeren Bedeutung zu nehmen, da zufolge des entwickelten Cessionsbegriffs das mandatum ad agendum eine von dem mandatum ad stipulandum wesentlich verschiedene Natur gewonnen hat.

17) Allerdings konnte der Ertheilung der Klagermächtigung eine Obligation zwischen Gläubiger und i. r. s. procurator zu Grunde liegen, z. B. ein Kauf, Societätsvertrag, Vergleich ꝛc.; und diese Obligation hielt dann, wenn auch nur mit obligatorischer Kraft, das Mandat fest. (Vergl. l. 42. §. 2 de procur. 3, 3.) Es war aber nicht einmal eine solche Obligation immer vorhanden. Wenn eine actio zum Zweck der in solutum datio, dotis causa, conditionis implendae causa, donandi causa mandirt war, so hatte die Einigung über diese Zweckbestimmung gar nicht den Charakter eines für sich bindenden

Im Laufe der Zeit entwickelte sich jedoch für diese Klagermächtigung eine andere Rechtsauffassung, veranlaßt durch folgende Verhältnisse.

§. 3.

Von vornherein hatte die novirende Proceßobligation, im Gegensatz zu der novirenden Stipulation, die Eigenthümlichkeit, daß in ihr alle Eigenschaften der früheren Obligation fortlebten. An eine Unabhängigkeit derselben von dem Bestande der ursprünglichen Obligation, wie sie die Stipulationsforderung in sich trug, konnte nicht gedacht werden, da ja der Proceß gerade den Zweck hatte, den Rechtsbestand des ihm zu Grunde liegenden Anspruchs auszumitteln, es also widersinnig gewesen wäre, Bestreitungen, Exceptionen u. s. w., welchen die ursprüngliche Obligation unterlag, der Proceßobligation gegenüber auszuschließen.

Auch Accessorien der ursprünglichen Forderung (Privilegien, Pfandrechte u. s. w.), welche bei der novirenden Stipulation untergingen, wurden bei der Novation durch Proceß als fortdauernd betrachtet;

neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem[18]).

War daher auch die Proceßobligation eine von der ursprünglichen Forderung formell verschiedene, so war sie doch materiell mit dieser so völlig gleichgeartet, daß man sie, ohne dem Wesen der Sache zu nahe zu treten, als mit dieser identisch betrachten konnte. Diesen Charakter bewahrte dieselbe auch in dem Falle, wo nicht der ursprüngliche Gläubiger, sondern statt seiner ein Dritter in den Proceß ein-

obligatorischen Vertrags; das Ganze blieb daher bis zur Litiscontestation des i. r. s. procurator juristisch unvollendet.

18) L. 29. de novat. 46, 2.

getreten war, so daß man füglich sagen konnte: durch den Eintritt des procurator in den Proceß wird auf diesen die bisherige Obligation übertragen [19]).

Ein weiteres Moment für jene Umwandlung lag darin, daß man sich von der Auffassung des Processes als eines Produkts freiwilliger Einigung der Parteien immer mehr entfernte, statt dessen vielmehr, der modernen Anschauung sich annähernd, in der gerichtlichen Verfolgung eines Anspruchs die Ausübung eines in der staatlichen Ordnung begründeten Zwangsrechts erblickte, welchem sich der Verklagte unterwerfen mußte. Während von jener ersteren Auffassung noch manche Spuren in den Quellen erhalten blieben, war dagegen die letztere bereits in der classischen Zeit durchgedrungen [20]). Hierdurch trat nun das mandatum ad agendum zu dem mandatum ad stipulandum in einen erheblichen Gegensatz. Bei letzterem stand es nach wie vor in dem freien Willen des Schuldners, sich auf die Stipulation des Delegatars einzulassen; dem bestellten in rem suam procurator dagegen konnte der Schuldner die Einlassung auf den Proceß nicht verweigern. Diesem war daher durch das mandatum ad agendum ein Zwangsmittel in die Hand gegeben, den Schuldner seines Mandanten zu seinem Schuldner zu machen, und so den Anspruch für sich zu realisiren. Nach dieser Seite

19) Die Delegation durch L. C. entsprach daher schon an und für sich einer relativ gefaßten Stipulation (Quidquid dare facere oportet). Vgl. ob. §. 2 Note 9.

20) L. 83 §. 1. de V. O. Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit; nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem in invitum redditur. — Paulus verläßt hier eine noch von Aristo gezogene Parallele zwischen stipulatio und judicium, weil letzteres sich nicht auf der Basis des freien Willens bewege.

hin schloß sich also schon hierdurch die Ermächtigung zur Klage zu einem festen, wirklichen Rechte ab.

Es bedurfte daher nur noch einer gleichen Abschließung nach der anderen Seite hin, wider die Willkühr des Gläubigers, um das mandatum ad agendum zu einem völlig consolidirten Rechtsgeschäft erwachsen zu lassen. Es geschah dies dadurch, daß man die dem i. r. s. procurator ertheilte Ermächtigung zur Klagerhebung, unter Aufgeben der vom Mandat entnommenen Grundsätze, als unwiderruflich und vererblich betrachtete. Dadurch wurde das, was bisher nur ein Anrecht, nur die Hoffnung auf einen Rechtserwerb abgegeben, zu einem wirklichen, schon in sich vollendeten Rechtserwerbe umgewandelt. Zwangsrecht wider den Schuldner und Unwiderrufbarkeit[21]) von Seiten des Gläubigers waren die beiden festen Punkte, innerhalb deren sich der Raum zwischen Klagermächtigung und Litiscontestation mit einem gleichsam sachlichen Rechtsstoffe füllte, welcher den Gegenstand einer Vermögensübertragung abzugeben im Stande war. Diesen Rechtsstoff bildete das Recht zur Klagerhebung, welches unwillkührlich das Recht an dem klagbaren Anspruch selbst nach sich zog.

Diese letzte Entwickelung sehen wir im römischen Recht gleichsam vor unseren Augen vor sich gehen. Durch sie wandelte sich das mandatum ad agendum in ein eigenthümliches Rechtsgeschäft von ganz anderem Charakter, in die Cession um. Dieselbe ist ein Vertrag; aber nicht ein obligatorischer Vertrag, sondern ein Vertrag nach Art der dinglichen Verträge[22]), und namentlich der Tradition ana-

21) In diesem Ausdrucke will ich der Kürze halber die Vererblichkeit stets mitbegreifen.

22) Vergl. über diesen Begriff Savigny, Syst. III. S. 312.

log. Wie diese das Recht an einer Sache, so überträgt jene ein Klagrecht, solches als Vermögensobject gedacht. Da nun bei Obligationen der rechtliche Inhalt eben nur in dem Klagrechte besteht, so kann man sagen: die Cession überträgt die Obligation.

Mit der Entwickelung des Cessionsbegriffes mußte die Litiscontestation, welche bis dahin Trägerin der zwischen Gläubiger und i. r. s. procurator zu realisirenden Vermögenszuwendung gewesen war, diese Bedeutung verlieren. Ohnehin war sie zu deren Aufrechthaltung an sich kaum fähig, da ihre formale Kraft, an welche ja jene Bedeutung sich anknüpfte, im Sinken begriffen war. Schon im classischen Recht tritt ihre constitutive Wirksamkeit (d. h. ihre Eigenschaft als Erzeugerin einer neuen Formalobligation) fast ganz in den Hintergrund; und nur ihre novirende (die bisherige Obligation consumirende) Kraft tritt uns noch vor Augen. Aber auch diese wich der Umbildung, welche in der Lehre von der exceptio rei judicatae vor sich ging. Die Idee, daß durch die Litiscontestation die Obligation gleichsam eine Unterbindung erleide, verschwand; der Proceß galt nur noch als ein anderes Stadium des nämlichen, in ihm fortlebenden Rechtsverhältnisses. Um so mehr mußte man geneigt sein, den Vorgang der Vermögenszuwendung zwischen Gläubiger und i. r. s. procurator von der Litescontestation des letzteren mit dem Schuldner abzulösen und auf den Akt der Klagermächtigung selbst zurück zu verlegen.

Im Gebiet des entwickelten Cessionsbegriffs verblieb hiernach der Litiscontestation des Cessionars mit dem Schuldner nur noch allenfalls eine untergeordnete Bedeutung. Ging nämlich auch die Forderung nunmehr lediglich durch den Vertrag zwischen Cedenten und Cessionar, also ohne Mitwirkung und möglicher Weise ohne Vorwissen des Schuldners,

auf den Cessionar über: so konnte man doch unmöglich diesen Rechtsübergang so weit wirken lassen, daß, wenn der Schuldner in gutem Glauben an seinen ursprünglichen Gläubiger zahlte oder sonst die Schuld erledigte, er noch einmal dem Cessionar hätte zahlen müssen. Um daher die Wirksamkeit des durch die Cession dem Cessionar erworbenen Klagrechts zu sichern, war es nöthig, daß der Schuldner von dem Wechsel in der Person seines Gläubigers Kenntniß erhielt. Diese Kenntniß ihm zu geben, war nun jedenfalls die Proceßerhebung durch den Cessionar sehr geeignet; und so bildete fortan die Litiscontestation einen Akt, der das Rechtsverhältniß zwischen Cessionar und Schuldner zwar nicht mehr begründete, aber sicherte. Sehr bald aber mußte sich der Gedanke aufdrängen, daß es hierzu nicht gerade der Litiscontestation bedürfe, daß vielmehr auch jede andere Art der Kundgebung von der Cession Gleiches wirken müsse; und die Folge hiervon war, daß der Litiscontestation in diesem Sinne die einfache Denunciation des Cessionars an die Seite trat, welche ihrerseits wieder durch jede andere, die Kenntnißnahme des Schuldners von der Cession genügend ausweisende Thatsache ersetzt werden konnte.

Bisher habe ich von der Uebertragung der Forderungsrechte gesprochen, als ob es dabei sich überall nur um Uebertragung des vollen, unbeschränkten Rechts — des Eigenthums — an einer Forderung gehandelt habe. Dem war bekanntlich nicht so. So wie im Gebiete des Sachenrechts sich dem vollkommensten Rechte an einer Sache — dem Eigenthume — eine Reihe unvollkommener Rechte — jura in re aliena — anreihen: so konnte auch eine Obligation zu minder vollkommenem Rechte, jenen im Sachenrechte ausgebildeten Rechtsinstituten analog, übertragen werden. Und wenn auch die meisten jura in re aliena in der Obligation

keinen geeigneten Gegenstand fanden, so waren es doch vorzugsweise ususfructus[23]) und Pfandrecht, deren Bestellung an Forderungen schon frühzeitig in Uebung kam. Auch hier war der Cessionsbegriff, als äußerer Charakter des Rechtsgeschäfts, der nämliche; der innere materielle Gehalt der Cession (nicht zu verwechseln mit der causa cessionis) wurde aber durch die Natur des an der Forderung übertragenen Rechtes (Eigenthum, Pfandrecht u. s. w.) bestimmt. Die Entwickelung des Cessionsbegriffes für die Begründung dieser Rechte an Forderungen fiel mit der allgemeinen Entwickelung desselben zusammen. Ja es war sogar dieser Entwickelung die Pfandbestellung an Forderungen vorzugsweise förderlich; wovon unten noch weiter die Rede sein wird.

§. 4.

Ich will nun die geschilderten Verhältnisse aus den Quellen nachzuweisen suchen. Freilich ist diese Nachweisung schwer, wenn man Beweise begehrt, wie sie nur ein bewußtes Schaffen hätte liefern können. Sie ist minder schwierig, wenn man an kleinen Zügen für die Erkenntniß der leitenden Ideen sich genügen läßt, und mit historischem Blicke die verschiedenen Ablagerungen der Rechtsbildung, trotz ihrer gegenseitigen Durchbrechung und Verschiebung, zu sonderen vermag.

Bei der weiteren Ausführung werde ich mich der gegensätzlichen Ausdrücke: Delegationsbegriff und Cessionsbegriff, bedienen, um mit ersterem den ursprünglichen Standpunkt der Lehre, wie er in §. 2 geschildert ist, mit letzterem den in §. 3 dargestellten Standpunkt neuerer Entwickelung zu bezeichnen.

In der classischen Zeit finden wir nun den Delegations-

23) Vgl. L. 3. de usufr. ear. rer., quae usu. 7, 5.

begriff noch in fast ausschließlicher Herrschaft. War gleich die Einlassung in den Proceß nicht mehr von dem freien Willen des Schuldners abhängig, und hatte insofern das mandatum actionis vor der Anweisung zum Zahlungsempfang oder zur Stipulation einen entschiedenen Vorzug (S. 370): so eignete sich doch im Verhältniß zum Gläubiger der i. r. s. procurator das ihm überwiesene Forderungsrecht erst durch die Litiscontestation mit dem Schuldner vollkommen an. In diesem Sinne konnte selbst Ulpian[24]) noch sagen:

> Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem;

d. h. die Ueberweisung einer Schuld kommt zur Vollziehung dadurch, daß der Dritte dieselbe entweder vom Schuldner stipulirt, oder als procurator des Gläubigers die Litiscontestation vollzieht.

In gleicher Weise sagt Paulus[25]):

> Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino judicium accipiendi;

ein Ausspruch, welcher ohne Zweifel auch für den in rem suam procurator Anwendung fand. Darauf weist auch folgende Stelle der Vaticanischen Fragmente hin:

> §. 263. Eam, quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

Auch folgenden Ausspruch von Paulus kann man un-

---

24) L. 11 §. 1 de novat. 46, 2.

25) L. 16 de procur. 3, 3.

bedenklich auf mehrere, nach einander[26]) bestellte i. r. s. procuratores mit beziehen:

l. 32. de procur. (3, 3): Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator.

Hatte aber der i. r. s. procurator die Litiscontestation vollzogen, so war die Forderung nunmehr die seinige. Die dem einfachen Proceß-Procurator gegenüber zulässige translatio litis fand ihm gegenüber nicht mehr statt:

l. 25 de procur. (Ulpianus): — Plane si dicat in rem suam se procuratorem datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite.

Er konnte die Forderung nunmehr zur Compensation benutzen:

l. 18 de compens. (16, 2) (Papinianus): In rem suam procurator datus post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

In unmittelbarem Zusammenhang hiermit steht der weitere Theil dieses Fragments:

§. 1. Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

D. h., der verklagte Schuldner kann sich der Forderung eines Dritten selbst mit Einwilligung des letzteren nicht zur Compensation bedienen. Natürlich, da der Verklagte durch den bloßen Willen des Dritten noch nicht Inhaber dieser Forderung geworden war, und weil es ihm an der Form gebrach, in welcher er sich jene Forderung hätte aneignen

26) Der Ausdruck „simul datis" bezeichnet das gleichzeitige Bestehen, nicht das gleichzeitige Bestelltsein. Vgl. den gleichartigen Ausdruck in l. 26 locati. 19, 2.

können. Denn nur post litem contestatam war der zur Geltendmachung des Forderungsrechts Ermächtigte wirklich Gläubiger. Dieser Ausspruch Papinian's beruht also auf dem unentwickelten Cessionsbegriff, und kann daher im heutigen Rechte, wo jener Begriff zur vollständigen Geltung kommt und wo deshalb die Einwilligung des Dritten, seine Forderung zur Compensation zu verwenden, als stillschweigende Cession wirkt, keine Anwendung mehr finden[27]).

In ähnlicher Weise unanwendbar für das heutige Recht ist eine andere Pandektenstelle, welche ebenfalls in der mangelnden Entwickelung des Cessionsbegriffs ihren Grund hat. In l. 1 und 2 pro socio wird gesagt, daß durch Abschließung einer societas omnium bonorum die den socii zugehörigen Sachen sofort gemeinsames Eigenthum werden;

quia traditio tacita creditur intervenire.

Dagegen sagt l. 3. pr.:

Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent.

Die Forderungen also sollen auf die socii nicht übergehen; diese sind sich nur zu deren Gewährung (obligatorisch)

27) Sehr häufig kommt der hier besprochene Fall in der Art vor, daß mehrere gemeinsam belangte Streitgenossen (z. B. Mann und Frau) die Forderung eines von ihnen, welche dessen Antheil an der eingeklagten Schuld übersteigt, compensando geltend machen. Es liegt m. E. nicht der geringste Grund vor, dieser Compensation Wirksamkeit zu versagen. Frühere Schriftsteller haben dies auch vielfach durchgefühlt, und deshalb die l. 18 cit. zu beseitigen gesucht. Der neuste Schriftsteller über Compensation, Dernburg (S. 375 fl.) hält dagegen die l. 18 für noch geltendes Recht. Dernburg ist eben zu sehr Theoretiker, um dergleichen einzusehen. Der von ihm angeführte Gegengrund, daß bei Zurückweisung einer blos behufs Compensation abgetretenen Forderung der Kläger nicht die exc. rei judicatae gewinne, beseitigt sich einfach dadurch, daß er nicht wahr ist.

verpflichtet. Heute wird man unbedenklich sagen können: auch die Forderungen werden durch den Societätsvertrag gemeinschaftlich.

Auf dem nämlichen Grundsatz, daß erst durch Litiscontestation ein vollendeter Rechtserwerb für den Cessionar eintrete, beruht ohne Zweifel auch ein Rescript von Severus und Antoninus, c. 3 mandati (4, 35):

Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

Im Sinne der classischen Zeit, welcher dieses Rescript angehört, werden wir die Worte „re integra" mit „lite nondum contestata" erklären dürfen [28]), so daß hier nur eine Anwendung des in l. 16 de procur. enthaltenen Grundsatzes zu Tage tritt.

Endlich gehört dem Delegationsstandpunkt entschieden ein Rescript Gordian's vom J. 240 an, obwohl dasselbe durch einen, meiner Ueberzeugung nach interpolirten, Zusatz in den entgegengesetzten Standpunkt hinüberspielt, und dadurch ebenso viel Schwierigkeiten als Irrthümer veranlaßt hat. Es ist dies die c. 3 de novat. (8, 42):

Imp. Gordianus A. Mutiano. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, (vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit,) exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta, jure novationis

28) Wer weiß, ob sie nicht statt dieser letzteren Worte interpolirt sind!

liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet; cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debitore liberatus sis.

Die eingeschlossenen Worte: „vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit“ halte ich für nachträglich zugesetzt, und zwar deshalb, weil die Gleichstellung der einfachen Denunciation und geleisteten Abschlagszahlung mit der Litiscontestation entschieden dem entwickelten Cessionsbegriff angehört, während das Rescript selbst seinem übrigen Inhalt nach eben so entschieden auf dem Standpunkt des Delegationsbegriffs sich bewegt. Ersteres nachzuweisen, muß ich auf die spätere Ausführung versparen; hier will ich nur das letztere darzuthun suchen.

Der Anfragende, Mutianus, hatte einem Gläubiger an Zahlungs statt ein Klagrecht überwiesen; dieser aber unterließ die Beitreibung, und Mutianus befürchtete nun, daß, wenn der überwiesene Schuldner insolvent werde, der Gläubiger sich wieder an ihn halten möchte. Der Kaiser rescribirt: wenn der Gläubiger von dem überwiesenen Schuldner die Forderung stipulirt habe (delegatione facta), so sei Mutianus durch Novation befreit und die Gefahr der Forderung auf jenen übergegangen. Sei keine Stipulation erfolgt, so sei allerdings Mutianus noch nicht liberirt und stehe deshalb die überwiesene Forderung auf seine Gefahr[29]); er könne sich aber dadurch helfen, daß er selbst die Forderung beitreibe, woran er, so lange sein Gläubiger noch nicht litem contestirt, (— hier folgt nun der hinwegzudenkende Zu-

---

29) Dieser Satz steht zwar nicht ausdrücklich im Rescript; er folgt aber mittelst eines unvermeidlichen argum. a contrario aus dem zweiten Satze desselben.

satze —) nicht gehindert sei. — Diese ganze Entscheidung ist nur vom Standpunkt des Delegationsbegriffes erklärbar, aber auch in diesem auf das Vollständigste begründet. Trägt Mutianus bei unterbliebener Stipulation noch immer die Gefahr des überwiesenen Forderungsrechts, ist er noch nicht frei: so ist das nothwendige Correlat hierzu, daß die überwiesene Forderung noch nicht in das Vermögen des i. r. s. procurator übergegangen ist; und deshalb darf auch Mutianus sie noch immer verfolgen. Also auch hier liegt wieder klar der Satz zu Grunde: der i. r. s. procurator eignet sich die überwiesene Forderung erst durch Stipulation oder Litiscontestation an; oder, wie man auch nach Analogie des Satzes: „Anweisung ist keine Zahlung" sagen kann: „das mandatum ad agendum ist keine Zahlung" [30]). Dies mag hier vorläufig genügen; später werde ich auf die c. 3 cit. zurückkommen.

Endlich zeigt sich der Standpunkt, welchen das classische Recht zur Cessionslehre einnimmt, recht charakteristisch auch noch darin, daß von solcher nirgends ex professo gehandelt wird. Die einschlagenden Bestimmungen kommen an den verschiedensten Stellen, bei der Lehre vom Kauf („de hereditate vel actione vendita"), von der Procuratur, und von der Delegation vor, und weisen so auf die Institute hin, deren Aggregat als praktischer Ersatz des unausgebildeten Cessionsbegriffes dienen mußte. Daß aber auch im Justinianischen Rechte, wo dieser Begriff bereits lebendig war, jene

---

30) Nicht entgegen steht in dieser Beziehung l. 96 §. 2 de solut. 46, 3. Hier hatte ein Legatar statt Zahlung des Legats die Ueberweisung einer Forderung vergleichsweise angenommen. So lange nun der Erbe ihn bei dem mandatum ad agendum belieߧ, stand seinem Anspruch auf das Legat die exc. pacti entgegen, und er trug die Gefahr der überwiesenen Forderung — quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset.

Behandlung beibehalten wurde, hat seinen Grund lediglich darin, daß es diesem Rechte überhaupt an der Fähigkeit zu formeller Rechtsgestaltung fehlte.

§. 5.

Neben den im vorigen §. zusammengestellten Aussprüchen, in welchen der Delegationsbegriff als Grundgedanken des Instituts uns entgentritt, gelangte aber bereits zur classischen Zeit der Cessionsbegriff in einzelnen Erscheinungen zum Durchbruch.

Vorbereitet ward diese Entwickelung ohne Zweifel durch die Anschauungen des praktischen Lebens, welches wahrscheinlich schon lange, ehe noch die Rechtswissenschaft darauf Rücksicht nahm, die nomina als einen geeigneten Gegenstand für Kauf, Pfand, Legat ꝛc. betrachtete und solchergestalt denselben einen gleichsam sachlichen Stoff beimaß. Zuerst aber machte sich bei der Uebertragung ganzer Erbschaften das Bedürfniß fühlbar, daß nicht ein so wichtiger Theil des Vermögens, wie die Erbschaftsforderungen, in dem Vermögen des Nominal-Erben verbliebe. Dem Andrang des hierin liegenden Verkehrsbedürfnisses konnte das Recht nicht widerstehen; es mußte ein Mittel gefunden werden, an die Ueberweisung eines Klagrechts, unabhängig von der Fortdauer des guten Willens und des Lebens der Betheiligten, die Möglichkeit zu knüpfen, die Forderung zu realisiren. Man fand dieses Mittel darin, daß man dem Cessionar eine **utilis actio**, d. h. eine an die Obligation des ursprünglich Berechtigten sich anknüpfende **selbständige Klage** gewährte [31]).

---

31) Dieser Grundgedanke ist es, worin ich mit Windscheid (Die Actio ꝛc. S. 124 flg.) völlig übereinstimme; und es hat derselbe

Wie im Gegensatz zu der dem i. r. s. procurator zustehenden actio mandata, deren processualische Formulirung wir genau kennen [32]), die demselben gestattete, nicht mehr alieno sondern suo nomine anzustellende, utilis actio processualisch formulirt worden sei, darüber fehlt es an bestimmten Nachrichten. Es kann uns das aber auch ziemlich gleichgültig sein, da die Lösung dieser Frage wahrscheinlich nur ein historisches Interesse darbieten würde. Wichtig ist es dagegen, sich den Fortschritt klar zu machen, welcher materiell in der Gewährung jener utilis actio enthalten war. Es wird dies möglich durch die Betrachtung der einzelnen Fälle, in welchen sich dieselbe nach und nach bis zur Allgemeinheit entwickelte.

Der erste Fall dieser Art wurde durch das bekannte SCtum Trebellianum [33]) hervorgerufen:

> §. 4. J. de fideic. hered. (2, 23): Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod SCtum Praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Diesem Fall wurde von Antoninus Pius (also um die Mitte des 2ten Jahrhunderts) der analoge Fall eines Erbschaftsverkaufs gleichgestellt:

---

diesem Gedanken eine Ausführung und Begründung gegeben, wie sie m. E. die Wissenschaft nur mit Dank und Freude begrüßen kann. — Uebrigens ist der Gedanke selbst nicht völlig neu. Bereits Donell (s. unten §. 8) hat ihn ausgesprochen; auch Bethmann-Hollweg (Versuche S. 208) deutet ihn an.

32) Vgl. Gaj. IV. §. 86.

32) Dessen Text in l. 1 §. 2 ad SC. Trebell. 36, 1.

l. 16 de pactis. (2, 14) (Ulpianus): Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Dieser utiles actiones des Erbschaftskäufers erwähnt dann auch ein Rescript von Alexander Severus, c. 5. de hered. vel actione vendita. (4, 39.)

Betrachtet man die angeführte l. 16 de pactis für sich allein, so scheint es, als ob der zweite Satz (nam ex quo etc.) nur eine Wiederholung und nähere Begründung des ersten Satzes abgeben solle. Ersieht man aber aus dem mit l. 10 §. 2 de pact. beginnenden Zusammenhange, wie Ulpian — und mit ihm in Ueberstimmung Paulus in den hindurchlaufenden Stellen — hier näher darlegt, daß überhaupt der dominus ein von dem procurator abgeschlossenes pactum de non petendo, auch in Fällen, wo von einer utilis actio gar nicht die Rede sein konnte (vgl. l. 12 eod.), wider sich gelten lassen müsse: so gelangt man leicht zu der Ueberzeugung, daß in dem gedachten Schlußsatze die vom Kaiser Antoninus dem Erbschaftskäufer ertheilte actio utilis nicht wohl zur Begründung der exc. doli lediglich für den besonderen Fall eines vom Erbschaftskäufer abgeschlossenen pactum de non petendo, vielmehr aus einem allgemeineren, jenen besonderen Fall absorbirenden, Gesichtspunkte in Bezug genommen sei. Ich übersetze demnach den Schlußsatz: „Denn seitdem durch ein Rescript des divus Pius dem Erbschaftskäufer eine utilis actio gewährt ist, kann überhaupt der Erbschaftsschuldner die Klage des Erbschaftverkäufers mittelst der exc. doli zurückweisen.“

Eine Bestätigung erhält diese Annahme, wenn wir

aus einigen anderen Stellen ersehen, daß jener Satz schon vor Ulpian, sowohl für den Fall eines restituirten Fideicommisses als eines Erbschaftsverkaufs, geltendes Rechts war:

l. 27 §. 7 ad SCtum Trebell. (36, 1.) (Julianus.) Qui ex Trebelliano SCto hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur, exceptione restitutae hereditatis adjuvari vel summoveri potest.

l. 17 de transact. (2, 15.) (Papinianus.) Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit; si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Aus diesen Stellen ergiebt sich nun für die hier fraglichen Fälle eine, den Grundsätzen des Delegationsprincips gegenüber, entschieden gegensätzliche Behandlung. Der Erbe kann nach Restitution oder Verkauf der Erbschaft die Erbschaftsforderungen, auch ohne daß von Seiten des Erwerbers eine Stipulation oder Litiscontestation stattgehabt, nicht mehr geltend machen; es steht ihm die exceptio doli oder restitutae hereditatis entgegen. Nur dann, wenn der Schuldner ohne Vorwissen von der Veräußerung der Erbschaft mit dem Erben sich verglichen hat, soll dieser Vergleich aufrecht erhalten werden; aber nicht weil der Erbe noch wirklich Gläubiger wäre, sondern — „propter suam ignorantiam.“ Fragen wir aber nach dem Grunde dieser Abweichung vom Delegationsprincip, so kann er nur gefunden werden in der schon damals für jene beiden Fälle zur durchgreifenden Rechtsregel gewordenen Gewährung einer actio utilis.

Eine weitere utilis actio dieser Art wurde bereits zur Zeit der Classiker dem Pfandnehmer einer Forderung zugestanden [34]). Gerade in diesem Falle mußte sich ein besonderes Bedürfniß fühlbar machen. Hatte Jemand eine Forderung erkauft, so blieb ihm, wenn ihm die actio mandata vor der Litiscontestation von dem Verkäufer wieder entzogen wurde, immer noch die persönliche Klage aus dem Kaufvertrag, mittelst deren er sich an seinen Verkäufer halten und wenigstens Schadensersatz erlangen konnte. Wer aber eine Forderung sich verpfänden ließ, wollte damit eben eine vom persönlichen Credit des Verpfänders unabhängige, sachliche Sicherheit gewinnen; und es lag daher in der innersten Idee des Pfandvertrags, daß er das ihm unterworfene Object mit dinglicher Kraft erfassen müsse. Dieser Anforderung ward bei der Verpfändung eines nomen genügt durch Gewährung einer utilis actio, welche man dem Pfandgläubiger unmittelbar aus dem Pfandvertrage wider den Schuldner des verpfändeten nomen gestattete, dergestalt, daß er dieselbe zur Erlangung seiner Befriedigung entweder selbst anstellen oder weiter verkaufen konnte [35]). Erleichtert wurde dieser Fortschritt da, wo die Forderung auf einer verbrieften Stipulation beruhte, indem sich hier in der „cautio" die Obligation gleichsam verkörperte. In diesem Falle scheint die actio utilis zuerst Anwendung gefunden zu haben [36]). Noch unter Diocletian war man sich übrigens der hierin liegenden Neubildung völlig bewußt [37]).

---

34) l. 20 de pign. et hyp. 20, 1. c. 4 quae res pign. 8, 17. l. 18 pr. de pignor. act. 13, 7.

35) c. 7 de her. vel act. vend. 4, 39.

36) l. 20 de pignor. (— cautionis exemplo, quam creditor debitori pignori dedit.)

37) Vgl. c. 7 de hered. v. act. vend.: „Postquam eo decursum est, ut actiones quoque debitorum pignori dentur etc."

Sehen wir nun auf die Wirkungen, so stehen diese wieder aus folgenden beiden Stellen zu erkennen.

l. 18 de pignorat. actione (13, 7): Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

Daß auch diese Stelle in den Worten: ut et te in exigenda pecunia tueatur, von der dem Pfandnehmer zu gewährenden utilis actio redet, scheint mir zweifellos; denn nur hierauf paßt es, wenn von einem Schutz der Convention durch den Prätor geredet wird. In unmittelbarer Wechselbeziehung damit steht aber der Schutz des Schuldners wider die Klage des Verpfänders schon allein auf Grund der Convention. Allerdings mußte zur Erlangung dieses Schutzes der Schuldner die stattgehabte Verpfändung geltend machen; hierzu genügte aber, daß er überhaupt davon wußte.

Die andere Stelle ist eine Constitution des Alexander Severus v. J. 226.

c. 4. quae res pign. obl. (8, 17): Nomen quoque debitoris pignorari — posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere — compelletur —.

Hier wird, korrespondirend mit der dem Pfandnehmer zugestandenen utilis actio, das Recht des Schuldners, an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen, nicht mehr von der Litiscontestation, sondern von dem Umstand abhängig erklärt: „si, nondum certior a te de obligatione tua factus, solvit.“

Soweit war die Entwickelung der actio utilis auf dem

hier fraglichen Gebiet zur Zeit der größeren Pandektenjuristen gediehen; alles Weitere liegt hinter ihrer Zeit. Zunächst an die actio utilis des Pfandnehmers scheint die des Käufers einer Forderung und an diese dann die gleiche Berechtigung noch anderer Forderungserwerber sich angeschlossen zu haben. Wie allmälich aber dieser Fortschritt statt fand, läßt sich aus der historischen Verfolgung der Quellenaussprüche entnehmen. Während noch die c. 3 de novat. v. J. 240 (S. 378) bei einem mandatum actionis solvendi causa von einer actio utilis nichts weiß, vielmehr entschieden den Delegationsstandpunkt vertritt: wird in einem andern Rescript desselben Kaisers Gordian v. J. 243 eine solche Klage unter ganz besonderen Verhältnissen für zulässig erklärt.

> c. 1 de obligat. et act. (4, 10): Data certae pecuniae quantitate ei, cujus meministi, in vicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam; et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

Schon weit entschiedener tritt die utilis actio in der gleich darauf folgenden Constitution von Valerian und Gallienus (v. J. 261) auf:

> c. 2 eod.: Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit: utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dare oportere, saepe rescriptum est.

Aber auch hier sehen wir noch, offenbar in Hinblick auf die Anschauungen der classischen Zeit, den Zweifel auftauchen, ob nicht eine delegatio (Stipulation) oder litis contestatio

erfolgt sein müsse, um den Cessionar zum Herrn der Forderung zu machen.

Erst unter Diocletian scheint das Recht der utilis actio zu größerer Allgemeinheit gelangt zu sein. Wir finden sie, neben der actio mandata, nicht allein dem Käufer eines nomen [38]), sondern auch denen gegeben, welche eine Forderung als Legat oder an Zahlungsstatt überwiesen erhalten [39]).

Bisher ist folgende, dem Ulpian zugeschriebene, Pandektenstelle absichtlich übergangen worden:

> l. 55 de procur. (3, 3): Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam; qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Vergleicht man diese Stelle mit den übrigen gleichzeitigen und nachfolgenden Quellenaussprüchen, so wird man schwer glauben, daß dieselbe, so wie sie dasteht, von Ulpian herrühre. Denn zu seiner Zeit wurde dem i. r. s. procurator eine utilis actio so allgemein, wie der Schlußsatz voraussetzen läßt, in keiner Weise zugestanden. Es ist schwer, mit einiger Sicherheit zu sagen, wie Ulpian ursprünglich geschrieben haben möge. Vielleicht ist der erste Theil des Fragments wirklich ihm entnommen; und zwar schrieb er ihn dann wohl in dem Sinne, daß bei stattgehabter Bestellung eines i. r. s. procurator der Schuldner wohl thue, wenn er diesem und nicht dem ursprünglichen Gläubiger, welcher ja juristisch

38) c. 8 de her. v. act. vend. 4, 39.

39) c. 5 Quando fisc. v. priv. 4, 15. — c. 18 de legat. 6, 37. — Nicht unzweifelhaft ist mir jedoch, ob nicht selbst hier die, nur lose anhängenden, Schlußsätze: — suo autem nomine utili actione recte utetur — utilibus autem suo nomine experietur — interpolirt seien. Auch ein anderes hier einschlagendes Rescript von Diocletian, c. 6 de obl. et act. (4, 10), erwähnt der u. a. nicht.

noch Herr der Forderung war, die letztere zuwende, damit er nicht zu einem Wortbruche beitrage. So würde der Ausspruch mehr eine Vorschrift der guten Sitte, als des Rechts enthalten haben[40]). Der Compilator aber unternahm, der veränderten Rechtsgestaltung seiner Zeit entsprechend, jenen Satz in einen Rechtssatz umzuwandeln, indem er auf die inzwischen dem i. r. s. procurator allgemein zugestandene actio utilis Bezug nahm. Wie dem aber auch sei: genug, wir finden auch hier wieder den Vorzug, welcher dem i. r. s. procurator bei noch nicht erfolgter Litiscontestation vor dem ursprünglichen Gläubiger zukommen soll, auf die dem erstern zustehende actio utilis zurückgeführt.

Das Bisherige wird genügen, um die Bedeutung der dem i. r. s. procurator gewährten actio utilis zu würdigen. Im Gegensatz zu der actio mandata, welche dem Delegationsstandpunkt angehörte, war sie die Repräsentantin des sich ausbildenden Cessionsbegriffs[41]). Der in ihr sich verwirk-

40) Ein ähnlicher Ausspruch Ulpian's findet sich l. 26 loc. 19, 2: In operis duobus simul locatis convenit priori conductori antea satisfieri.

41) Es ist überhaupt charakteristisch für Fortbildung des röm. Rechts, daß sie überall in processualischen Erscheinungen zu Tage tritt. Für einzelne Fälle wurde eine Klage, eine Exception rc. gegeben; und aus dem Complex dieser Fälle erstand dann unter der bildenden Hand der Juristen ein neues Rechtsinstitut, ebenso zureichend für das praktische Bedürfniß, als vor Uebertreibungen gesichert. So bildete sich in der actio praescriptis verbis der Innominatcontract, in den possessorischen Interdikten die Besitzlehre rc. aus. Indem so die Römer bei Fortbildung des Rechts concret und praktisch zu Werke gingen, hatten sie einen großen Vorzug vor uns, die wir meistens abstract und theoretisirend verfahren. Wir denken uns immer zuerst das Recht im Allgemeinen und suchen dasselbe in eine bestimmte Regel zu fassen. Diese Regel betrachten wir dann aber nur zu bald nicht mehr als den approximativen Ausdruck eines in ihr fortlebenden Rechtsgedankens, sondern als etwas Abgeschlossenes, Selbständiges. In das Prokrustes-Bett dieser Regel werden dann die einzelnen Rechtsfälle hineingezwängt; und da ist es kein Wunder, daß viele zu Grunde gehen.

lichende Rechtsgedanke ist der: die Ueberweisung einer Forderung zur Einklagung kraft eigenen Rechts gewährt ein unmittelbares, unwiderrufliches Recht an der Forderung. Jene Ueberweisung hat damit aufgehört, ein Mandat, eine blose Ermächtigung zu sein; sie ist ein Akt der Vermögensübertragung geworden. Freilich brach sich dieser Gedanke nur nach und nach Bahn, je nach der Gunst, die man dem einzelnen auf Uebertragung einer Forderung gerichteten Rechtsgeschäft oder der materiellen Gerechtigkeit eines concreten Falles zu schulden glaubte. Auch hielt man, so lange die actio mandata für den concreten Fall ausreichte, an dieser fest; so daß neben ihr die utilis actio öfters nur subsidiär auftreten zu wollen scheint [42]). Der Sache nach aber war letztere das weiter gehende, durchschlagende Rechtsmittel, welches, sobald es einmal anerkannt war, die actio mandata überflüssig machte und daher mit der Zeit absorbiren mußte [43]).

42) Daher ist es auch zu erklären, daß selbst da, wo bereits die Grundsätze der actio utilis sich wirksam erweisen, die röm. Juristen doch mitunter noch von einer actio mandata reden (z. B. l. 17 de transact.).

43) Von Interesse ist es übrigens, zu sehen, wie die dem Delegationsstandpunkt angehörige actio mandata noch heute in einem modern ausgebildeten Rechtinstitute fortlebt, nämlich in dem Klagrechte des Dritten auf Grundlage eines von einem Andern abgeschlossenen Vertrags, in welchem die Leistung des Promittenten jenem Dritten zugewiesen ist. Wenn A dem B eine Sache verkauft, mit der Bestimmung, daß der Kaufpreis an C, einen Gläubiger des A, gezahlt werden solle: so gewährt die Praxis, anknüpfend an einige bereits im röm. Recht liegende Anfänge dieser Lehre, dem C eine Klage wider A auf Zahlung der angewiesenen Schuld mittelst des von ihm geschuldeten Kaufpreises. Man gründet dieses Klagrecht gewöhnlich auf eine fingirte „Cession", und bezeichnet die dem Dritten zustehende Klage als eine actio utilis aus dem Rechte des Verkäufers. Dies ist ungenau. Der Rechtsgedanke ist vielmehr der: indem A mit B paciscirt, daß B, statt an A selbst, an dessen Gläubiger C zahlen solle,

Zugleich sind wir nun auch im Stande, die Bedeutung der Denunciation für die hier fragliche Lehre fester zu bestimmen. Sie gehörte ausschließlich dem sich entwickelnden Cessionsbegriff an. Sehen wir ab von der einzigen c. 3 de novation., so finden wir, daß

1) in allen Stellen, welche dem Standpunkt des Delegationsbegriffs angehören (§. 5), nur Stipulation und Litiscontestation zur Aneignung der Forderung für geeignet erklärt werden; daß dagegen

2) nur in solchen Stellen, welche dem i. r. s. procurator eine actio utilis zugestehen, die Kunde, beziehungsweise Kundgebung von der Cession zur Sicherung des Cessionars als genügend bezeichnet wird; so wie daß

3) alle Stellen dieser Art — namentlich die noch später als die c. 3 de novat. erlassenen c. 1 u. 2. de oblig. et act. (S. 387) — die zu gewährende actio utilis nur der unterbliebenen Litiscontestation gegenüber stellen; während sie doch, wenn damals schon vom Delegationsstand-

---

erklärt A zugleich seinen Willen, daß es ihm recht sei, wenn C wegen seiner Forderung sich nicht an ihn, sondern an B halte. C macht also, wenn er wider B klagt, die actio venditi des A als eine nach dem vermuthlichen Willen des letzteren ihm überwiesene geltend. Aber diese Ueberweisung hat nicht den Charakter einer vollkommenen Uebertragung (Cession im modernen Sinne), sondern nur die Natur des älteren mandatum actionis. Dies erweist sich namentlich in dem Umstande, daß A die Ueberweisung — soweit nicht ein eigenes Interesse des B entgegensteht — bis zu deren Vollziehung jederzeit widerrufen kann. (Vgl. Pufendorf, Obs. II. N. 38 §. 8. Leyser, Medit. Sp. 519. 5. Strippelmann, Entsch. d. OAG. zu Cassel V. S. 24.) Vollzogen aber wird die Ueberweisung zwischen B und C durch Zahlung, Schuldversprechen oder res judicata. Ob auch schon durch Litiscontestation (Klagbehändigung), scheint mir nach der Natur der letzteren im heutigen Rechte zweifelhaft. Keines Falles aber durch Acceptation; C hat aus dem Vertrage zwischen A und B nichts zu acceptiren.

standpunkt aus die Denunciation der Litiscontestation gleichgestellt wäre, hätten sagen müssen, „obgleich Litiscontestation oder Denunciation noch nicht erfolgt ist;“ daß endlich

4) selbst die (im folg. §. zu erwähnende) c. 33 de donat. von Justinian den Uebergang der schenkweise cedirten Forderung anordnet: licet nulla litis contestatio facta vel petita sit.

Aus allen diesen Erscheinungen ziehe ich den Schluß: die Denunciation, als Sicherungsmittel für den Inhaber der actio utilis, steht zu der Litiscontestation, als Aneignungsmittel für den i. r. s. procurator, in einem entschieden gegensätzlichen Verhältniß. Vom Standpunkt des Delegationsbegriffes aus können beide unmöglich sich gleich gestellt werden. Wenn nun die c. 3. de novat., obgleich sie unverkennbar dem Delegationsstandpunkt angehört, dennoch mittelst der Worte: „vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit“ eine solche Gleichstellung unternimmt, so glaube ich mich nicht dem Vorwurf eines leichtfertigen Conjecturirens auszusetzen, wenn ich behaupte: jene Worte sind interpolirt.

Der Grund für diese Interpolation liegt aber auf der Hand. So, wie die Stelle ursprünglich war, konnten die Compilatoren sie nicht brauchen, weil nach dem Rechte ihrer Zeit nicht bloß die Litiscontestation, sondern auch schon die Denunciation des Cessionars diesem ein völlig gesichertes Recht auf die Forderung gab. Dem glaubten sie aber nun durch jenen Zusatz abzuhelfen; ja sie nahmen vielleicht die Stelle gerade deshalb auf, um über die Gleichstellung von L. C. und Denunciation, im Sinne des neueren Rechts, ihrer Gesetzgebung einen Ausspruch einzuverleiben. Sie übersahen dabei, daß in jener Stelle noch ein weit tiefer liegender Gegensatz zu dem Rechte ihrer Zeit enthalten sei, welcher

sie bei klarer Einsicht hätte veranlassen müssen, dieselbe noch weiter abzuändern oder ganz zu verwerfen. Werthvoll ist daher in jener Stelle für uns nur das, was die Compilatoren wahrscheinlich allein damit sagen wollten: daß nach neuerem Rechte es der Litiscontestation des Cessionars zur Aneignung der Forderung nicht mehr bedürfe.

§. 6.

Auf Diocletian folgen zwei Jahrhunderte, in welchen die Fortbildung der Cessionslehre im Dunkel liegt. Jene Periode vegetirte gleichsam in einem unbewußten Verdauungsproceß dessen, was sie aus besserer Zeit überkommen. Erst unter Anastasius (also um das J. 500) kommt die Cessionslehre wieder zum Vorschein. In c. 22 mandati (4, 35) findet sich dieser Kaiser veranlaßt, den wucherlichen Aufkäufen von Forderungen mittelst der bekannten Vorschrift entgegen zu treten, welche von ihm den Namen führt; und Justinian sucht dieses Gesetz in c. 23 eod. durch eine noch weiter gehende Bestimmung gegen Umgehung zu schützen. In beiden Constitutionen ist überall nicht mehr von einem mandatum actionum die Rede; das Rechtsgeschäft heißt nunmehr „cessio actionum;“ durch dasselbe wird die Forderung „venditionis“ oder „donationis titulo“ transferirt. Diese Ausdrücke weisen auf den während der Zwischenzeit in Entwickelung des Cessionsbegriffs vorgegangenen Fortschritt hin, ohne welchen ohnehin ein Verkehr mit Forderungen, welcher die lex Anastasiana nöthig machte, kaum gedacht werden kann.

Gleichwohl war noch ein Ueberrest des alten Rechts bis auf Justinian stehen geblieben, wie wir aus folgender merkwürdigen Constitution desselben erfahren:

C. 33 de donat. (8, 54): Illam subtilem observatio-

nem amputamus, per quam donationis titulo cessionem actionum accipientes non aliter suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent, vel jus contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus: licet nulla contestatio facta vel petita sit. —

Während für die Fälle eines onerosen Forderungserwerbs der Cessionsbegriff bereits durchgedrungen war, hatte sich für den Fall der Schenkung einer Forderung der alte Delegationsstandpunkt forterhalten, dergestalt, daß, wenn der Schenknehmer vor vollzogener (oder erbetener) Litiscontestation starb, sein Recht nicht auf die Erben überging. Offenbar war dieses Zurückbleiben in der Entwickelung eine Folge der Ungunst, welcher von jeher die Schenkung unterlag. Justinian verordnete, daß auch in diesem Falle die Forderung vererbt werden, d. h. der Cessionsbegriff zur Anwendung kommen solle. Mit dieser Bestimmung wurde, wie ich glaube, der letzte Rest des Delegationsstandpunkts beseitigt. Wir können damit die Obligation allgemein als übertragbar anerkannt[44]), die Cessionslehre als vollendet ansehen[45]).

---

44) Deshalb ward auch in den Institutionen (§. 6 de usu et habit. 2, 5) die entsprechende, von der Nichtübertragbarkeit der Obligationen handelnde Stelle des Gajus (II. 38 §. 39) weggelassen.

45) Ich kann nicht umhin, hier auf eine ganz ähnliche, freilich auch vielfach verkannte, Entwickelung hinzuweisen, nämlich auf die des neueren Literalcontracts, welcher, ebenfalls aus Keimen entsprossend, die schon der classischen Zeit angehören, erst in der späteren Kaiserzeit zur Ausbildung, und unter Justinian gewissermaßen zur Vollendung gelangte; (vgl. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 36 u. 37). Auch muß ich mich gegen die so eben von

Wollte man aber auch an einer gänzlichen Vollendung derselben selbst im Justinianischen Rechte noch zweifeln: so würde solche doch nach der Auffassung des modernen Rechtsverkehrs nicht zu bezweifeln stehen. Heutezutage betrachtet man die Cession als einen Vertrag, wodurch man eine fremde Forderung erwirbt. Will man das nicht glauben, so schaue man nur in das Leben; man frage den praktischen Geschäftsmann, man frage vor Allen den Kaufmann, der sich sehr gut auf das Recht versteht, ob er, wenn er eine Obligation sich hat cediren lassen, vermeint, bis zur Benachrichtigung des Schuldners nichts weiter erworben zu haben, als allenfalls einen persönlichen Anspruch an den Cedenten. Er sagt: „Die Forderung ist durch die Cession mein Eigenthum geworden; wenn es sich auch von selbst versteht, daß der Schuldner, soll er an mich zahlen, erst davon Nachricht haben muß." Schwerlich aber wird ihn Jemand überreden, daß die ihm für sein gutes Geld cedirte Forder-

Arndts (Krit. Ueberschau IV. S. 231 ff.) ausgesprochene Unterstellung verwahren, als ob ich selbst in dieser Anschauung nicht recht sicher zu sein scheine. Ich glaube völlig sicher zu sein in Erkenntniß des Rechtsgedankens, welcher in den späteren Constitutionen seine Triebkraft äußert und in dem Justit.-Titel de liter. oblig. in vollendeter Erscheinung zu Tage tritt. Ob aber dieser Rechtsgedanken von den Juristen Justinians nach allen Seiten hin klar erkannt und consequent angewendet worden sei, das kann freilich Niemand wissen, schon deshalb, weil es an Material hierzu fehlt. — Ganz so auch hier. Nachdem Justinian selbst für Schenkungen das Princip der utilis actio durchgeführt, war an der actio mandata des Cessionars überhaupt nichts mehr zu halten. Ob aber die Compilatoren die vielen von solcher redenden Stellen lediglich aus Gedankenlosigkeit, oder weil ihnen noch die veralteten Ideen als vermeintlich praktisches Recht im Kopfe gespukt, aufgenommen haben, das wird Niemand, am allerwenigsten aber derjenige entscheiden wollen, welcher ganz ähnliche Zustände in der heutigen Jurisprudenz klar vor Augen sieht. Wenn ich daher in dieser Beziehung einem Zweifel Raum gebe, so geschieht es, weil ich nicht gern über Dinge streite, die ebenso absolut ungewiß, als unerheblich sind.

ung vor Benachrichtigung des Schuldners noch immer Eigenthum des Cedenten sei, daß sie auf dessen Namen mit Arrest belegt, zum Gegenstand einer Zwangscession gemacht, und, wenn der Cedent in Concurs verfällt, zu dessen Vermögen gezogen werden dürfe. Und wenn ihm Jemand sagt, daß gleichwohl namhafte Juristen diese Ansicht hegen, so wird das nur dazu beitragen, ihn in der vielverbreiteten Ansicht zu befestigen, daß wirkliches Recht und Juristenrecht zwei ganz verschiedene Dinge seien.

§. 7.

So lange die Cession in der Entwickelung begriffen war, hatte auch der Rechtsgrund, auf dessen Grundlage die Klage überwiesen war, insofern Bedeutung, als nicht auf alle Rechtsgründe hin eine actio utilis gestattet, und es daher nöthig wurde, um sich zur Anstellung der letzteren zu qualificiren, den Rechtsgrund der Ueberweisung anzugeben. Heutzutage, wo wir annehmen können, daß jeder Rechtsgrund im Zweifel[46]) die Kraft hat, einer Cession zur Grundlage zu dienen, hat diese Abhängigkeit der Cession von ihrem Rechtsgrunde aufgehört. Sie bildet eine Art abstracter Vermögenszuwendung; die Erklärung „ich cedire" genügt, um processualisch die Cession als vorhanden erkennen zu lassen[47]). Kraft dieser ihrer abstracten Natur steht sie mit der Tradi-

46) Ausnahmen bilden nur Geschäfte, welche dergestalt verboten sind, daß sie auch die Eigenthumsübertragung annulliren, z. B. die Schenkungsverbote. Jedoch wird selbst in einem solchen Fall der debitor cessus, welcher die verbotene causa nicht kennt, durch Zahlung an den Cessionar befreit sein; (ang. l. 3 §. 12 l. 39 de donat. int. vir. 24, 1.)

47) Vgl. Seuffert, Archiv d. Entsch. d. ob. Ger. V. Nr. 150, 151 X. 36. — Eine früher verbreitete entgegengesetzte Ansicht beruhte auf Verkennung des Wesens der causa.

tion und Stipulation auf einer Linie [48]); man kann sie als zwischen beiden in Mitte liegend bezeichnen. Mit der Stipulation hat sie das ideale Object, mit der Tradition dagegen das gemein, daß bei beiden das Object der Vermögenszuwendung nicht erst durch sie geschaffen wird, sondern bereits eine objective Existenz hat. Wie Stipulation und Tradition hat sie ein von ihrem Rechtsgrund (causa, titulus) getrenntes, unabhängiges Dasein. Oftmals aber tritt sie in Verbindung mit diesem auf; und da sie an keine bestimmte Form gebunden ist, so ist sie fähig, in dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft sich fast bis zur Unkenntlichkeit zu verstecken [49]). Diese Formlosigkeit der Cession ist vielfach der Grund gewesen, den wahren Charakter derselben zu verkennen, und sie namentlich mit ihrer causa zu identificiren.

Bei vorstehender Charakterisirung ist die Cession in dem engeren Sinne genommen, in welchem wir heutzutage dieses Wort zu gebrauchen pflegen, nämlich als Vertrag unter Lebenden, welcher ein Klagrecht unbeschränkt als eigenes Vermögensrecht überträgt. Es ist aber schon oben (S. 373) bemerkt, wie das römische Recht auch die Ueber=

48) Vergl. Bähr, Anerkennung &c. §. 8.

49) Ein obligatorischer Vertrag, z. B. Verkauf, enthält daher nicht schon an sich eine Cession, sondern nur insofern, als darin zugleich stillschweigend der Wille enthalten ist, daß das Forderungsrecht sofort auf den Käufer übergehen solle. So z. B. ist in der unter die Schuldurkunde gesetzten Erklärung des Gläubigers: „Vorstehende Forderung verkaufe ich andurch dem N." oder „habe ich an N. verkauft," in Verbindung mit der Tradition der Urkunde, stillschweigend die Cession enthalten. Juristisch sind aber jene beiden Akte ebenso verschieden, wie im Sachenverkehr Verkauf und Tradition, obwohl auch hier beide sich in einander schieben können. — Eine ganz andere Natur hat die Verpfändung einer Forderung. Der Pfandvertrag bildet nicht die causa oder den Titel der Cession, sondern bezeichnet den materiellen Inhalt der Cession selbst, diesen Begriff im erweiterten Sinne genommen; (vgl. ob. §. 3. n. E.).

tragung von Klagrechten zu beschränkten Zwecken, nach Art der jura in re aliena, kannte. Auch für diese kommt heutzutage der Cessionsbegriff in seiner vollen Entwickelung zur Anwendung, d. h. das constituirte Recht ergreift nach Maßgabe seiner Natur die Forderung mit quasi=dinglicher Kraft. — Zu den schon den Römern bekannten Rechten dieser Art an Forderungen ist im modernen Rechte noch eine weitere hinzugekommen, nämlich die vasallitische Berechtigung an einer Forderung, wodurch sich der Begriff des Lehnscapitals bildet.

Der sich entwickelnde Cessionsbegriff hat aber auch noch nach einer andern Seite hin seine Zweige getrieben. So lange Forderungen nur im Wege des Mandats übertragbar waren, konnte die Gestattung der Einklagung eben nur von dem Gläubiger selbst ausgehen, und jede andere Disposition, welche die Zuwendung der Forderung bezweckte, konnte blos mittelbar wirken, indem sie den Gläubiger zu dem entsprechenden Wollen, dem mandatum actionis, obligatorisch nöthigte. So gab z. B. die Adjudication einer Forderung dem Adjudicatar kein unmittelbares Recht an solcher; sie verpflichtete blos den bisherigen Gläubiger, jenem die actio zu mandiren[50]). Ebenso konnte das legatum nominis das Forderungsrecht dem Legatar nicht unmittelbar zuwenden, sondern nur den Erben verpflichten, den Legatar zum i. r. s. procurator zu machen. Hatte man aber einmal den Gedanken erfaßt, daß Forderungen wirklich übertragbar seien, so war es kein Bedürfniß mehr, diesen Umweg zu wählen. So gut wie an den Willen des Gläubigers selbst konnte man auch an den Willen anderer Personen, deren An=

---

50) Vergl. l. 2 §. 5 fam. ercisc. 10, 2. l. 21 §. 3 de ann. leg. 33, 1.

ordnung der Gläubiger gelten lassen mußte, also an den Ausspruch des Richters, das Legat des Erblassers u. s. w. die actio utilis knüpfen, und dadurch die Forderung auf den Adjudicatar, Legatar rc. eben so unmittelbar übergehen lassen, wie man jene Rechtsakte längst zur unmittelbaren Zuwendung des Eigenthums für geeignet hielt. So findet denn heutzutage eine Uebertragung von Forderungen auf Grundlage des Cessionsbegriffs nicht allein durch Vertrag unter Lebenden, sondern auch durch alle anderen zur Vermögenszuwendung überhaupt geeigneten Rechtsakte, also namentlich letztwillige Disposition und richterlichen Spruch statt.

Endlich erhielt das Princip der actio utilis auch noch dahin eine Ausdehnung, daß sogar in gewissen Fällen, wo es an einer auf Uebertragung der Forderung gerichteten Willenserklärung überhaupt fehlte, aus Gründen der aequitas dieser Wille fingirt, und das Forderungsrecht kraft Gesetzes als dem Dritten erworben angesehen wurde, indem man ihm eine actio utilis zugestand. Hierbei handelt es sich nicht etwa blos um die Umgehung einer Form, sondern es hat die Gewährung dieser actio utilis die sehr erhebliche materielle Bedeutung, daß dem Dritten statt eines nur mittelbaren, erst durch die Cession des eigentlichen Erwerbens zu realisirenden (persönlichen) Anspruchs auf die Forderung, ein unmittelbares (dingliches) Recht an der Forderung eingeräumt wird; so daß, wenn der eigentliche Erwerber der Forderung in Concurs geräth, der Dritte (gleichsam als Vindicant) das auf ihn gesetzlich übergegangene Forderungsrecht außerhalb des Concurses wider den debitor cessus verfolgen kann. — Eine genaue Begrenzung der Fälle eines solchen gesetzlichen Forderungsübergangs (von denen einzelne bis weit in die Zeit des classischen Rechts zurückreichen) ist äußerst schwierig, und liegt nicht im Plane dieses Aufsatzes. Als übertrieben

aber muß ich es bezeichnen, wenn man den Satz aufstellt: überall, wo eine Verpflichtung zur Cession besteht, kann heutzutage mittelst einer actio utilis die Forderung unmittelbar verfolgt werden[51]). Dieser Satz dient dazu, im Obligationenrechte alle Sicherheit über die Person des Gläubigers über den Haufen zu werfen. Er führt zu gleicher Verwirrung, als wenn man etwa im Sachenrechte den Satz aufstellen wollte: überall, wo eine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums besteht, kann das Egenthum selbst mittelst einer utilis rei vindicatio in Anspruch genommen werden. Auch im Gebiete des Verkehrs mit Forderungen müssen die Grundbegriffe unsers Rechts, persönliche und dingliche Berechtigung, Anwendung behalten, soll anders jener Verkehr nicht jede feste Gestaltung verlieren[52]). Die Annahme einer solchen

51) Ich freue mich, auch in diesem Gedanken Windscheid (S. 195 ff.) zu begegnen.

52) Man denke z. B., es cedirt Jemand eine Forderung an Zahlungs statt auf eine Schuld. Hernach findet er, daß er ein indebitum gezahlt; er könnte deshalb Rückcession beanspruchen. Wird man nun sagen wollen: der Cedent kann die Forderung nunmehr wieder als seine eigene betrachten und dem Schuldner gegenüber verfolgen, als wäre nichts geschehen? — Als eine solche übertriebene Anwendung jenes Grundsatzes muß ich denn auch die Entscheidung des OAGerichts zu Cassel in der oben (§. 1 Note 6) erwähnten Rechtssache bezeichnen. Man nahm dort an, weil der Vater rücksichtlich der in seinem Auftrag und mit seinem Gelde vom Sohne in eigenem Namen erworbenen Obligation einen Anspruch auf Cession gehabt habe, so sei jenem die Forderung als unmittelbar erworben anzusehen, und demgemäß das vom Sohne daran dem Fiscus bestellte Pfandrecht unwirksam. Ich frage: wenn der Sohn Auftrag gehabt hätte, mit dem Gelde des Vaters eine Sache anzukaufen, derselbe hätte diese Sache aber auf seinen Namen gekauft und tradirt erhalten: würde er damit dem Vater das Eigenthum daran erworben haben und außer Stand gewesen sein, selbst ein Pfandrecht daran zu bestellen? — Beide Fälle müssen völlig gleichgestellt werden; vergl. l. 2. quando ex

fingirten Cession muß vielmehr auf einen gewissen Kreis von Fällen, namentlich solcher Art beschränkt werden, wo es nur in dem Grundgedanken des älteren Rechts, daß Niemand für einen Anderen erwerben könne, und in dem Mangel des Cessionsbegriffs seinen Grund hatte, daß man das Forderungsrecht nicht ohne Weiteres als dem Dritten erworben ansah.

Zufolge der Uebertragbarkeit der Forderung gewinnt die subjective Berechtigung an solcher, deren objectivem Bestande gegenüber, eine selbständige Bedeutung. Es kann die Frage entstehen, ob eine bestimmte Forderung Diesem oder Jenem zustehe? Daraus erwächst das Bedürfniß, die subjective Berechtigung des Einen im Gegensatz zu der jedes Anderen zu bezeichnen; und ich weiß in der That keinen passenderen Ausdruck hierfür, als wenn man von dem „Eigenthum" an der Forderung redet. Die Sprache des gemeinen Lebens hat sich längst diesen Ausdruck angeeignet; und es scheint mir von Seiten der Wissenschaft eine leidige Sprödigkeit, wenn sie solchen verschmäht. Er ist nicht einmal unrömisch. Denn auch die Römer bezeichnen den procurator nach der Litiscontestation als dominus litis, d. h. Herrn, Eigenthümer der Proceßobligation. Und mindestens sind wir eben so gut berechtigt, von dem Eigenthum an einer Forderung zu reden, wie bereits die Römer von einem Pfandrecht an solcher redeten. Beide Begriffe sind völlig correlat. Ja, ich wüßte sogar die volle Berechtigung an der Forderung im Gegensatz zu den daran möglichen beschränkten Rechten (Pfandrecht, Nießbrauch u. s. w.) nicht treffender zu bezeichnen, als mit dem Wort: Eigenthum. Daß für dieses Eigenthum an Forderungen nicht alle die Sätze zur Anwendung kom-

---

facto tut. 26, 9. (welche Stelle zugleich mittelst eines arg. a contr. die richtige Entscheidung ergiebt).

men, welche für das Eigenthum an Sachen gelten, daß namentlich dort der Besitz mit allen seinen Consequenzen hinwegfällt: daran wird kein Verständiger zweifeln.

§. 8.

Ich bin weit entfernt, zu glauben, mit vorstehender Entwickelung der Cessionslehre etwas ganz Neues gebracht zu haben. Die hier ausgesprochenen Anschauungen waren vielmehr vor Zeiten die herrschenden, wenn gleich mit manchem Irrigen durchwebt. So ist namentlich die Zusammenstellung der Cession mit der Tradition uralt[53]). Vor Allem aber tritt bei Donell, diesem klaren Denker, die hier vertheidigte Auffassung der Cession bestimmt hervor. Aus seiner Darstellung[54]) hebe ich nur folgende Sätze heraus:

— Cessionem actionis intelligi volo omnem rationem, qua voluntate creditoris in alium transfertur actio. —
— Ut ceterae res, quae sunt in bonis, voluntate domini transferri possunt, eaque voluntas rata est (§. 40 J. rer. div.): sic jure fit, ut actiones, quae semel nostrae esse coeperint, eadem voluntate in alium transferantur, quoad earum natura pati potest; nam et hae sunt in bonis. —
— Sed quoniam non intelligitur voluntas transferrendi, nisi sit causa, cur creditor transferre velit transferre, ideo hic quoque justam causam exigimus, id est eam, ex qua res transferri solent; non tamen,

53) Sie kommt schon in der Glosse (ad c. ult. quando fisc. v. priv.) vor. Desgleichen bei Bartolus (ad c. 1 de O. et A.: — quod operatur traditio in rebus corporalibus, illud operatur cessio in istis rebus incorporalibus.) — Ein näheres Eingehen auf die Dogmengeschichte unterlasse ich; sie findet sich bei Mühlenbruch, Cession §. 17 und Kuntze §. 7 ff.

54) Comment. XV c. 44 §. 8 ff.

quae ad voluntatem transferendi accedet, quando haec voluntas sine justa causa esse non potest, sed quae eam voluntatem intervenisse testetur, similiter plane ut fit in dominiis rerum transferendis. —

— Hoc dissimile, quod ceterae res inter vivos non transferuntur sine traditione. In actionum cessione et translatione nuda voluntas dantis et accipientis sufficit. —

— Hoc videndum in hac translatione, an, quod transit, fiat proprium accipientis et quatenus? Hoc eo pertinet quaerere, ut sciatur, nullone modo jam pendeat actio cessa ex cedentis persona, ita ut nec ex poenitentia ejus possit revocari, nec ejus morte finiatur. Et de utilibus actionibus convenit, eas isto modo accipientis fieri proprias. Id enim significat, quod dicitur, eum, cui nomen datum est, utiles actiones habere suo nomine.

Hier ist die Cession, ganz so wie oben, deutlich gezeichnet, als ein Act abstracter Vermögenszuwendung, analog der Eigenthumsübertragung an körperlichen Sachen. Als Repräsentantin dieses Eigenthumsübergangs an Forderungen wird aber die actio utilis hingestellt.

In gleicher Weise wird von den älteren Praktikern fast durchweg die Cession als wirkliche Uebertragung des Forderungsrechts behandelt, wobei sie freilich, da ihnen das römische Recht zur Begründung dieser Ansicht unzulänglich scheint, mitunter die heutige Rechtsanschauung zu Hülfe nehmen[55]).

Die wesentlichste Irrung in den Ansichten älterer Juristen bestand in Folgendem. Man erkannte deutlich, daß

---

55) So namentlich Schilter (Praxis jur. Rom. Exerc. 30 §. 62 ff.) und Leyser (Medit. ad Pand. Spec. 199. N. 6. 7).

in den Quellen ein gewisser Gegensatz obwalte zwischen actio mandata und actio utilis[56]). Statt nun das Verhältniß beider zu einander als das des historischen Fortschrittes zu erkennen, und durch das zur Allgemeinheit gediehene Recht der actio utilis jenen Gegensatz für gelöst und überwunden zu achten, ließ man sich durch die Darstellungsweise der Quellen zu der Ansicht verleiten, als ob die actio mandata und actio utilis auch noch im heutigen Recht als aus der Cession hervorgehende Klagen neben einander beständen[57]); und knüpfte an die Frage, ob der Cessionar mittelst der actio mandata oder actio utilis auftrete, in seinem Verhältniß zum Schuldner wesentlich verschiedene Folgen; wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, wie man sich den Gegensatz beider Klagen in ihrer praktischen Erscheinung gedacht habe[58]).

---

56) So sagt A. Faber (Conjet. XII. c. 6): Aliud est mandare actionem, longe aliud nomen cedere; unter Bezugnahme auf die Glosse, Cinus, Baldus rc. Aus dem Gesichtspunkt der actio mandata erklärt er dann auch die c. 3. de novat.

57) Eine ähnliche Irrung hat sich in neuerer Zeit zugetragen, indem (vor Savigny's Ausführung, Syst. VI. S. 282 ff.) manche Schriftsteller annahmen, die negative und positive Function der res judicata wirke noch heutzutage neben einander.

58) Es soll nicht verabredet werden, daß (auch abgesehen von dem S. 390 Note 43 gedachten Falle) die Zuwendung des Inhalts einer Obligation auch noch heute in Form einer bloßen Ermächtigung, also mittelst der a. mandata, erfolgen könne. Dies würde geschehen, wenn der Gläubiger dem Dritten lediglich eine gewöhnliche Vollmacht gäbe, die Forderung in seinem (des ursprünglichen Gläubigers) Namen einzuklagen und zu erheben, daneben aber mit demselben verabredete, daß er das erhobene Geld für sich behalten dürfe. In diesem Falle läge aber eben keine Cession vor. Die Cession nach ihrer heutigen Begriffsauffassung ist eben die Uebertragung einer Forderung zu eigenem Rechte, also zu Ausübung der actio utilis; und an sie gleichzeitig eine actio mandata knüpfen wollen, heißt den Cessionsbegriff zugleich setzen und wieder verneinen.

Mühlenbruch, welcher zuerst wieder in neuerer Zeit die Lehre mit historischem Sinne erfaßte, hat das unbestreitbare Verdienst, diesen Irrthum zerstört zu haben, indem er lehrte: beide Klagen sind auf den nämlichen Zweck gerichtet, und durch beide entsteht (dem debitor cessus gegenüber) das nämliche Rechtsverhältniß [59]). Aber auch in dem Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar fließen bei ihm a. mandata und a. utilis in einander. Er ist sich des Fortschritts, der inneren Umgestaltung, welche die Lehre durch Einführung der actio utilis gewann, nicht klar bewußt. Es fehlt ihm hierzu der Begriff der „Vermögenszuwendung" und das Bedürfniß, deren Eintritt bei der Cession fest zu bestimmen. Demgemäß definirt er Cession als „die Uebertragung der Befugniß, ein fremdes Forderungsrecht als eignes geltend zu machen" [60]) — eine Definition, welche augenscheinlich ganz unbestimmt läßt, ob darin der alte Delegationsbegriff als fortlebend gedacht wird, oder einer anderen Auffassung gewichen sei. Er findet in der neueren Gestaltung der Lehre nur die Aenderung, daß auch ohne die Mandatsform durch jede auf Uebertragung der Forderung gerichtete Willenserklärung die Wirkungen des früheren Mandats und der ergänzenden actiones utiles eintreten [61]). Er verwirft die Vergleichung der Cession mit der Tradition; und weiß sich förmlich etwas darauf zu Gute, daß von „Eigenthum" an einer Forderung und Geltendmachung dieses Eigenthums dritten Personen gegenüber nicht die Rede sein könne [62]).

---

59) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. §. 16.

60) §. 18 eod.

61) §. 15. — Als ob das Mandat jemals an eine besondere Form geknüpft gewesen wäre!

62) §. 17. §. 49.

Noch entschiedener in Festhaltung des Delegationsbegriffs tritt Puchta auf[63]). Derselbe hat sich in die classische Jurisprudenz so tief hineingelesen, daß ihm für die spätere Entwickelung der Sinn fehlt. Er unterscheidet zwischen dem Grund der Cession und dem Act derselben. Der Act der Cession ist in seinen Augen noch immer nichts als ein Mandat. Durch dasselbe wird in dem Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner nichts geändert. Der Cedent ist nur obligatorisch, aus der causa cessionis, verpflichtet, sich nicht mehr als Gläubiger zu geriren. Der fortdauernden Einwirkung des Cedenten wird die Forderung erst entzogen durch Litiscontestation und — kraft „singulärer Vorschrift" — durch Denunciation des Cessionars. Die actiones utiles haben für ihn keine andere Bedeutung, als daß sie da eintreten, wo der zur Cession Verpflichtete nicht mandiren will oder kann.

Vornehmlich auf die Autorität dieser Rechtslehrer hin ist seit einiger Zeit der Satz fast allgemein gelehrt worden: die Cession übertrage nicht das Recht der Forderung selbst, sondern nur dessen Ausübung; ein Satz, welcher auch so ausgedrückt wird: der Cessionar mache ein fremdes Forderungsrecht geltend. Als fremdes erscheine dasselbe — sagt Mühlenbruch[64]) —, einmal weil auch nach der Cession der Cedent darüber noch disponiren könne, und sodann, weil die Forderung ihren wesentlichen Wirkungen nach immer noch als eine solche des Cedenten behandelt werde.

In neuester Zeit hat man jenen Sätzen den Krieg zu

63) Vergl. seinen Aufs. in Weiske's Rechtslexikon II. S.636 ff. Pandekt. §. 280 u. Vorles. dazu.

64) a. a. O. §. 18 S. 48.

machen angefangen; Delbrück[65]), Brinz[66]), Windscheid[67]), welchen sich auch Arndts[68]) angeschlossen hat, haben sich dagegen erklärt. Man hat gesagt: wem die unbeschränkte Ausübung eines Rechts übertragen sei, dem sei damit das Recht selbst übertragen, da ja das Recht sich nur in seiner Ausübung praktisch erweise.

Soweit es sich nun um das Verhältniß zwischen Cessionar und Cedenten handelt, muß auch ich jenen Sätzen jede Berechtigung absprechen. Sollen sie überhaupt einen klargedachten Sinn haben, so könnte dieser nur darin bestehen, daß die Cession noch immer nur die Gestattung einer zukünftigen Aneignung, nicht die unmittelbare Zuwendung des Forderungsrechts enthalte, mit anderen Worten, daß der Delegationsstandpunkt noch immer gelte. Dem muß nun aber auf das Entschiedenste widersprochen werden. Der Cedent behält — und darin liegt gerade die Umgestaltung des neueren Rechts — nach der Cession gar kein Recht an der cedirten Forderung; und namentlich kann weder in der ihm angeblich verbleibenden actio directa, noch in dem Umstand, daß der Schuldner vor Kenntnißnahme von der Cession mit Wirksamkeit an ihn zahlen darf, der Ausdruck eines solchen Rechts gefunden werden. Darüber noch im folgenden §.

Betrachten wir dagegen das Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner, und vergleichen in dieser Richtung die Wirksamkeit der Cession mit der Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung in ihrem Verhältniß zu Dritten: so ergiebt sich allerdings eine relativ größere Abhängig-

---

65) Die Uebernahme fremder Schulden S. 8 ff.

66) Kritische Blätter, N. 2. S. 34.

67) Kritische Ueberschau I. S. 40. Die Actio rc. §. 16 u. 17.

68) Pandekten, 2. Aufl. §. 254 Note 4.

keit des Cessionars von dem Rechtsstandpunkte seines Auctors; und ich will zu zeigen suchen, worin diese besteht.

Eine solche kann ich zunächst nicht in solchen Erscheinungen finden, welche nur als die nothwendige Folge des Satzes: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet, sich herausstellen. Wenn der Cessionar einer Kaufgeldforderung sich die Einreden gefallen lassen muß, daß sein Cedent eine gar nicht existirende Sache verkauft, oder den Kaufpreis schon bezahlt erhalten habe, so folgt dies einfach daraus, daß unter diesen Voraussetzungen eine cedirbare Forderung gar nicht bestanden hat; und er ist deshalb nicht schlimmer daran, als der Erwerber einer Sache, dessen Auctor das Eigenthum daran niemals gehabt oder bereits vorher veräußert hatte.

Indessen hat der Satz: nemo plus juris rc. insofern eine nur relative Wahrheit, als es Verhältnisse giebt, welche das Recht nicht aufheben, sondern nur eine Anfechtbarkeit, eine Unwirksamkeit desselben begründen; Verhältnisse, welche da, wo das Recht im Wege der Klage verfolgt werden muß, als Exceptionen (im röm. Sinne) sich charakterisiren. Diese Verhältnisse sind bei dem Uebergange des Rechts auf einen Andern an sich einer doppelten Behandlung fähig. Man kann sie als dem Rechte selbst inhärirende Beschränkungen ansehen, und deshalb dieses nur mit ihnen behaftet auf den Dritten übergehen lassen. Man kann sie aber auch dergestalt von dem Rechte selbst getrennt denken, daß das letztere dem Dritten, auf welchen es übertragen wird, frei von jenen Verhältnissen zuwächst, solche vielmehr innerhalb der bisher betheiligten Personen haften bleiben.

Aber selbst auf diesem Gebiete läßt sich ein durchgreifender Gegensatz zwischen der Stellung des Cessionars und

der des Eigenthumserwerbers nicht behaupten. Bekanntlich wird bei der Frage, inwieweit der Eigenthumsnachfolger sich Exceptionen aus dem Verhältniß seines Auctors gefallen lassen müsse, zwischen except. personae und rei cohaerentes unterschieden, dergestalt daß letztere auch gegen den Singularsuccessor wirken[69]). Zu diesen ist zu rechnen die exc. rei venditae et traditae[70]), die exc. metus[71]); ohne Zweifel auch die exceptio doli, soweit damit der bonae fidei possessor den Ersatz von Verwendungen auch aus der Zeit eines Voreigenthümers in Anspruch nimmt. Und selbst noch in weiterem Umfange sollen solche Exceptionen zugelassen werden, wenn der Kläger ex causa lucrativa erworben hat[72]). Man kann also auch vom Eigenthum nicht sagen, daß es frei von allen exceptivischen Verhältnissen auf den Singularsuccessor übergehe.

Gleichwohl ist auf diesem Gebiete ein Gegensatz unverkennbar. Während nämlich der Cessionar sich alle Exceptionen, die dem Klagrechte des Cedenten gegenüber standen, gefallen lassen muß, giebt es mit solchen Exceptionen parallel gehende Anfechtungen des Eigenthums, welche dem dritten Erwerber gegenüber nicht stattfinden. Dahin gehören die Anfechtungen wegen Mangels der causa. Die röm. Formalobligation insonderheit steht dem Eigenthum dadurch nahe, daß sie gleich diesem einen von ihrem Rechtsgrund zunächst unabhängigen (abstracten) Erwerb repräsentirt; dagegen auch wegen Mangels der causa einer, für beide Institute gleichmäßig in der Condictionenlehre

---

69) L. 4 §. 27 de doli exc. 44, 4.

70) L. 4 §. 32 eod. l. 3 de exc. rei vend. et trad. 21, 3.

71) L. 4 §. 33 de doli exc. 44, 4.

72) L. 4 §. 29. 31 eod.

ausgebildeten, Anfechtung unterliegt[73]). Jedoch brachte es die processualische Sachlage mit sich, daß diese Anfechtung, während sie dem sine causa übertragenen Eigenthum gegenüber nur durch Condiction stattfand, der constituirten Obligation gegenüber auch in der Form einer exceptio (doli) geltend zu machen gegattet wurde. Bei Veräußerung des Eigenthums geht nun aber das wider die Person des Veräußerers begründete Recht der Anfechtung (Condiction) nicht passiv auf den neuen Erwerber über; es bleibt vielmehr als rein persönlicher Anspruch zwischen den ursprünglich Betheiligten haften. Einer gleichen Behandlung wäre an sich (d. h. ohne Verletzung des Grundsatzes: nemo plus juris etc.) auch die Formalobligation fähig gewesen. Man hätte sie auf den Cessionar übergehen lassen können frei von jeder wegen Mangels der causa begründeten Exception, und diese als eine wider den Cedenten zu erhebende condictio hinter sich zurücklassend; und dann wäre die römische Stipulation zu einem unserem modernen Wechsel entsprechenden Rechtsinstitute geworden, da das Charakteristische desselben gerade darin besteht, daß die Einreden aus der causa der Wechselobligation nicht auf den Indossaten übergehen. Die Sache hat sich aber im römischen Recht anders entwickelt. Die Zulassung der gedachten Anfechtung der Obligation im Wege der Exception hatte ja eben die Bedeutung, daß das Recht der Anfechtung in der nämlichen Proceßobligation, in welche die Forderung mittelst Litiscontestation verwandelt wurde, seine Stätte fand. Und da die Cession aus der Uebertragung der Proceßobligation hervorging, so mußte auch bei ihr das Recht der Anfechtung der übertragenen Obligation nachfolgen[74]).

---

73) Vergl. Bähr, Anerkennung rc. §. 25 ff.

74) Demgemäß findet die Stipulation nicht sowohl im Wechsel,

Man kann also in diesem Sinne sagen: die Cession überträgt die Obligation unvollkommener, als die Tradition Eigenthum, insofern, als die Obligation in den Händen des Cessionars Anfechtungen unterliegt, denen das Eigenthum in den Händen eines neuen Erwerbers nicht weiter ausgesetzt ist.

Sodann läßt sich eine ähnliche Unvollkommenheit der Cession auch darin finden, daß der Cessionar in seiner processualischen Stellung minder selbständig dasteht, als ein neuer Eigenthumserwerber; daß er namentlich sich gefallen lassen muß, so angesehen zu werden, als ob er nur Vertreter des ursprünglichen Gläubigers wäre. Hiervon wird unten noch weiter die Rede sein.

Will man nun diese Unvollkommenheiten, welche die übertragene Forderung im Gegensatz zu dem übertragenen Eigenthum charakterisiren — Schwächen nicht sowohl der Rechtsübertragung, als vielmehr des übertragenen Rechtes — mittelst der oben gedachten Sätze, daß die Cession nur die Ausübung der Forderung übertrage rc., bezeichnen, so mag man dies immerhin thun. Als einen sehr geeigneten Ausdruck hierfür kann ich aber jene Sätze nicht gelten lassen; und mindestens tragen sie die Gefahr in sich, daß unter ihnen etwas ganz Unrichtiges verstanden werde.

Eine andere Form, in welcher sich die hier bekämpfte Ansicht geltend macht, erweiset sich in dem Satze: „daß Singular-Succession in Obligationen nicht stattfinde"; ein Satz, den Kuntze vorzugsweise als den richtigen Ausdruck für die Entscheidung des obwaltenden Streites ansieht, und für dessen Enträthselung er in der „Unübertragbarkeit

---

als im Schuldschein des heutigen Rechtes ihr nächstes Analogon. Bähr a. a. O. §. 59 ff. u. §. 68.

des Objects" die „civilistische Formel" entdeckt zu haben glaubt[75]). — Es gab einmal eine Zeit, wo man allerdings sagen konnte: Singularsuccession in Obligationen findet nicht statt. Es war dies die Zeit, wo die Aneignung einer fremden Forderung erst durch die Litiscontestation stattfand, die hierdurch begründete Proceßobligation aber als eine neu begründete, von der ursprünglichen Obligation verschiedene angesehen wurde. Hier ging die ursprüngliche Forderung in dem nämlichen Augenblicke unter, wo ihr materieller Inhalt auf den neuen Erwerber überging; sie erlebte keine Succession. Um daher jenen Satz für nicht mehr richtig zu halten, muß es schon genügen, daß man annimmt, dermalen lebe im Proceß die ursprüngliche Obligation fort; und es müssen daher selbst diejenigen Juristen, welche im Uebrigen den Delegationsstandpunkt festhalten wollen, doch, wenn sie nur die processualische Novation als noch geltend verneinen, zugeben, daß mit der Litiscontestation (resp. der dieser gleichgestellten Denunciation) der Cessionar in die Forderung des Cedenten, als rechtlich unverändertes Vermögensobject, eintrete[76]). Diejenigen Juristen dagegen, welche den Cessionsbegriff als den herrschenden ananerkennen, finden natürlich diesen Eintritt schon mit der Cession selbst gegeben. Da man nun gewöhnlich — wenn man sich nicht ganz willkürliche Begriffe zurecht macht — den Eintritt in ein fremdes, objectiv unverändert bleibendes, Recht als Succession bezeichnet, an eine Universal-Succession auch Niemand bei der Cession denken wird: so

75) a. a. O. Abschn. I, bes. S. 29 u. 76.

76) Die Schwächen, mit welcher die cedirte Forderung aus dem Rechte des Cedenten behaftet bleibt, schließen so wenig den Begriff der Succession aus, als sie gerade umgekehrt die Identität der Forderung des Cessionars mit der des Cedenten noch mehr ausweisen.

wird die Cession doch wohl, trotz Kuntze[77]), eine Singular=Succession enthalten.

Man würde übrigens irren, wenn man glaubte, daß diejenigen Schriftsteller und Juristen, welche jene Sätze zu den ihrigen machen, deshalb den Delegationsstandpunkt in allen Beziehungen consequent durchführten. Fast alle[78]) — und zwar Mühlenbruch voran — springen in den entfernter und versteckter liegenden Consequenzen unwillkürlich in den Cessionsbegriff über. Diese Erscheinung tritt namentlich in der Praxis hervor. So tausendfach auch dort jene Sätze zur Begründung wahrer und unwahrer Entscheidungen figuriren: so

---

77) Ich muß mir hiernach gefallen lassen, von diesem Schriftsteller (S. 48) der „dickfelligen Doktrin" zugerechnet zu werden, welcher Mühlenbruch — und nunmehr sogar selbst er — vergebens „gründlich den Staar zu stechen" versucht hat.

78) Nahe der, wie mir scheint, richtigen Auffassung steht Vangerow, indem er sagt (Lehrb. d. Pandekten 6. Aufl. III. S. 114 flg): „Es müssen im Justinian. Rechte zwei wesentlich verschiedene Gesichtspunkte gesondert werden. Dem debitor cessus gegenüber gilt der Cessionar auch nach neustem Rechte schlechthin nur als Procurator; er ist nicht selbst Gläubiger oder Successor des Gläubigers, sondern er macht, mag er nun wirklich procuratoris nomine oder mit der actio utilis auftreten, nur eine fremde obligatio geltend. Ganz anders aber dem Cedenten gegenüber. Hier hat der Cessionar eine selbständige, von ferneren Einwirkungen des Cedenten freie Befugniß, die ihren Grund regelmäßig in einem besondern rechtübertragenden Geschäfte (Kauf, Schenkung, datio in solutum u. dergl.) hat, aber in manchen Fällen auch durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift herbeigeführt wird. Diese selbständige Stellung des Cessionars äußert auch einigen Einfluß auf sein Verhältniß zum debitor cessus; aber nie ist dies soweit ausgedehnt worden, daß dadurch der Grundgedanke des Instituts wesentlich geändert wäre." — Gleich darauf aber wendet sich Vangerow als Kämpfer gegen die Lehre derjenigen, welche in der Cession eine Singular = Succession erblicken, ohne jedoch die praktischen Folgen dieses Streites zu berühren. Worüber streitet er nun eigentlich mit diesen?

würde doch eine vollständige Durchführung des Delegationsstandpunkts der Praxis geradezu unerträglich sein [79]). Die Natur der Dinge ist immer noch gewaltiger, als alle unlautere Theorie.

§. 9.

Ich wiederhole die von mir gewonnenen Resultate, um an sie nunmehr einzelne praktische Folgen zu knüpfen. Die Cardinalfrage ist die: mit welchem Moment vollendet sich die durch die Cession bezweckte Vermögensübertragung zwischen Cedent und Cessionar? Ich antworte: nicht erst mit der Litiscontestation zwischen Cessionar und Schuldner oder einer dieser gleichgestellten Denunciation, sondern mit dem Akt der Cession selbst. Von da an ist die Klage und mit ihr das Forderungsrecht in das Vermögen des Cessionars übergegangen; es hat eine Singular=Succession in der That stattgefunden.

Hat nun schon durch die Cession der Cedent sich des Klagrechts entäußert: so steht ihm auch ein solches alsbald nach der Cession nicht mehr zu. Der von ihm belangte Schuldner darf daher, auch wenn ihm der Cessionar noch

79) Als Beleg hierfür kann ich zwei werthvolle Abhandlungen eines Praktikers, M. Schäffer, über die Frage, welcher von mehreren Cessionaren desselben Gläubigers den Vorzug habe (Gießer Archiv I. Nr. 23, III. Nr. 18), gelten lassen. Diese, wiewohl die erstere noch die gewöhnlichen theoretischen Sätze an die Spitze stellt, sind doch durch und durch so von der entgegengesetzten Anschauung durchdrungen, daß sie nicht allein in der behandelten Hauptfrage, sondern auch in mehreren Nebenpunkten (vgl. unten §. 9 N. 5 u. 6), sowie in der gesammten Ausführung jenen Theorieen Opposition machen. — Auch in einem Erkenntniß des OAGerichts zu Lübeck von 1853 (Seuffert, Archiv VII Nr. 301) ist die diesseitige Ansicht vollständig vertreten.

nicht denunciirt hat, auf den Grund jeder beliebigen Wissenschaft den Einwand entgegensetzen: „Du bist nicht mehr Gläubiger und deshalb auch nicht zur Klage berechtigt.“ Es ist dies keine exceptio ex jure tertii, so wenig, als wenn der mit der Eigenthumsklage Belangte dem Vindicanten entgegnet: „Du bist nicht mehr Eigenthümer, und kannst deswegen nicht vindiciren.“ Denn auch der Verpflichtete darf die factischen Vortheile genießen, welche aus dem Nicht-Auftreten des wirklich Berechtigten für ihn entspringen, und kann deshalb einen auftretenden Nicht-Berechtigten zurückweisen.

Eine ganz andere Frage ist, inwieweit der debitor cessus verpflichtet ist, jenen Einwand der Klage des Cessionars entgegen zu setzen. Hier tritt vor Allem der Grundsatz ein, daß der Schuldner, so lange er von der Cession nichts weiß, den bisherigen Gläubiger als solchen fortbetrachten, und namentlich Zahlung an denselben leisten darf. Mit diesem Satze ist aber nicht bezweckt, zu Gunsten des Cedenten ein noch fortdauerndes Recht an der Forderung anzuerkennen, sondern lediglich Schaden von dem Schuldner abzuwenden. Der an den Cedenten zahlende Schuldner wird befreit, nicht, weil der Cedent noch Gläubiger wäre, sondern, obgleich dieser es nicht mehr ist, weil die hinter dem Rücken des Schuldners geschehene Cession letzterem nicht zum Nachtheil gereichen darf. Es wirkt lediglich die bona fides des Schuldners, deren Berücksichtigung hier, wie in manchen ähnlichen Verhältnissen, als Gebot der Gerechtigkeit erscheint[80]). Der Cedent aber hat auf den Zahlungsempfang nicht mehr Recht, als der Bevollmächtigte,

80) Cf. Donell. Comm. XV. c. 44 §. 23 (Non liberatur summo jure, sed utilitatis causa, ne dum solvit ei, cui soli se teneri putabat, justa ignorantia ei damnum adferat).

[illegible]

biger anzunehmen? — Ich antworte: allerdings eine jede Kunde, welche in der fortdauernden Annahme des Cedenten als Gläubigers einen dolus des Schuldners wider den Cessionar erkennen läßt[82]). In dieser Beziehung ist aber Folgendes zu Gunsten des Schuldners nicht außer Acht zu lassen. An sich kann es dem Schuldner gleichgültig sein, wer die Forderung von ihm erhebt[83]). Wenn er also dem klagenden Cedenten den Einwand entgegensetzt, daß nicht mehr er, sondern der Cessionar Gläubiger sei, so nimmt er damit einen Streit auf, bei welchem zunächst nur der Cessionar interessirt ist, und wobei er deshalb auch — wie unten gezeigt werden soll — von diesem verlangen kann, daß er ihn vertrete. Um also jenen Einwand ohne die Gefahr eigenen Nachtheils — schon in Betreff der Proceßkosten — dem Cedenten entgegensetzen zu können, muß er eine sichere Kenntniß von der Cession und eine feste Grundlage haben, auf welche er sich stützen kann. Diese wird ihm nun in der Regel nur durch die Denunciation des Cessionars beschafft werden. Durch diese verpflichtet der Cessionar nicht allein den Schuldner, den Dispositionen des Cedenten keine weitere Folge zu geben, sondern er verpflichtet auch sich selbst, dem Schuldner für das Vorhandensein

---

82) Auch diese Ansicht findet eine Autorität in Donell (Comm. XV c. 44 §. 21 u. 22. Desgl. ad c. 3 de novat.). Aeltere wollten in Betreff der Nothwendigkeit förmlicher Denunciation oder einfacher Wissenschaft unterscheiden, ob die Cession ad utilitatem cedentis (z. B. bei der Hingabe an Zahlungsstatt, Verpfändung ꝛc.) oder ad utilitatem solius cessionarii (wie beim Verkauf einer Forderung oder Erbschaft,) geschehen sei; so Bartol. ad l. 16 de pact. u. ad l. 63 §. 2 ad SC. Treb.; Bald. ad rubr. C. de revoc. his, quae in fraud. — Noch eine andere Ansicht unterschied zwischen Erledigung der Forderung durch Zahlung oder durch Vergleich (vgl. Voet. Comm. ad Pand. XVIII. 4 §. 17); was eine gewisse Wahrheit für sich hat (s. S. 419).

83) Gerade auf dieser zu unterstellenden Gleichgültigkeit beruht ja die Rechtfertigung der Zulassung einer Cession überhaupt.

der Cession dem Cedenten gegenüber einzustehen; und ohne diese correspondirende Verpflichtung wird man nicht wohl dem Schuldner zumuthen können, eine von Hörensagen ihm kundgewordene Cession im Interesse des Cessionars geltend zu machen. Gleichwohl darf diese Befugniß des Schuldners, eine minder sichere Kunde von der Cession zu ignoriren, doch niemals zu einem förmlichen dolus ausarten. Wenn also der Schuldner bereits die Urkunden in Händen hat, aus denen die erfolgte Cession unzweifelhaft hervorgeht und durch welche dieselbe mit Leichtigkeit erwiesen werden kann: so kann er sich m. E. nicht auf die unterbliebene Denunciation berufen.

Hiernach entscheidet sich auch sehr einfach die vielbestrittene Frage, ob ebenso, wie die Denunciation des Cessionars, auch die des Cedenten geeignet sei, die Schuld dem Cessionar zu sichern. Wenn der Cedent selbst sagt, er habe cedirt, wolle aber gleichwohl die Schuld noch eincassiren, so würde der Schuldner, wenn er diesem dolosen Verlangen des Cedenten Folge gäbe, ebenfalls sich eines dolus schuldig machen, und deshalb nicht liberirt werden [84]). Wenn dagegen der ursprüngliche Gläubiger, welcher einmal früher erklärt hat, er habe seine Forderung cedirt, später in glaubhafter und unverfänglicher Weise versichert: „jene Erklärung sei verfrüht gewesen, es sei nicht zur Cession gekommen, und er selbst sei deshalb noch Gläubiger", so wird man nach Umständen den an ihn zahlenden Schuldner für befreit erachten dürfen. Die ganze Frage ist eine quaestio facti des concreten Falles.

Bei dieser factischen Natur der Frage wird denn auch

---

84) Uebereinstimmend hiermit Schäffer im Gieß. Arch. III. S. 411 N. 5.

die Natur des mit dem Cedenten vorgenommenen liberirenden Rechtsakts selbst nicht ganz außer Acht bleiben dürfen. Am mindesten verfänglich ist die Stellung des Schuldners, wenn er nachweist, dem Cedenten wirklich gezahlt zu haben, indem in diesem Falle der Schuldner aus dem fortgesetzten Verkehr mit dem nicht mehr berechtigten Cedenten keinenfalls einen reellen Vortheil gezogen hat, und daher am wenigsten Grund für die Annahme vorliegt, er habe dabei wider besseres Wissen gehandelt. Bedenklicher wird schon der Fall, wenn der Schuldner sich mit dem Cedenten verglichen hat, indem alsdann der Verdacht nahe liegt, der Schuldner habe die Schein-Berechtigung des Cedenten benutzt, um sich einen theilweisen Nachlaß zu verschaffen. Man wird daher in diesem Falle geneigt sein, auch eine minder sichere Kenntniß des Schuldners von der Cession für genügend zu halten, um den abgeschlossenen Vergleich für den Cessionar nicht bindend zu erklären. Am verdächtigsten aber erscheint die Stellung des Schuldners, wenn er sich die Forderung vom Cedenten hat schenken lassen. Ja, es läßt sich, wie ich glaube, mit gutem Grunde die Ansicht aufstellen, daß auf eine solche Schenkung des nicht mehr berechtigten Cedenten der Schuldner sich dem Cessionar gegenüber überhaupt nicht berufen dürfe [85]). Hierfür sprechen wenigstens sehr dringende Analogien; namentlich die Bestimmungen in l. 4 §. 29 u. 31 de doli exc. 44, 4 und l. 6 §. 11 quae in fraudem creditor. 42, 8. Auch in diesen ganz ähnlichen Verhältnissen, wo die bona fides geschützt werden soll, gilt der Satz: causa lucrativa pro dolo est; ein Satz, der namentlich darin seine praktische Rechtfertigung findet, daß in

85) Auch in diesem Punkte habe ich Schäffer zum Vorgänger (Gieß. Arch. I. S. 154 N. 8).

den meisten Fällen solcher schenkweisen Zuwendungen ein dolus des Schenknehmers wirklich vorhanden sein wird, wenn er auch nicht förmlich bewiesen werden kann.

Der dargelegte Gesichtspunkt, daß es sich hier nur um Schutz der bona fides des Schuldners handelt, giebt auch den sicheren Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage ab, welche Thatsachen als Surrogat einer Denunciation des Cessionars gelten können. In c. 3 de novat. selbst ist ein solches Surrogat mit den Worten bezeichnet: vel aliquid ex debito accipiat. Man wird aber hierbei nicht stehen bleiben, vielmehr sagen müssen: jede Anerkennung des Cessionars als solchen, d. h. jede Thatsache, durch welche der Schuldner dem Cessionar zu erkennen giebt, daß er ihn bereits als seinen Gläubiger betrachte, enthebt diesen einer besonderen Kundgebung von der Cession. Dahin wird also auch eine Bitte um Fristgestattung, das Angebot eines Vergleichs ꝛc. zu rechnen sein. Hat der Schuldner sich auf diese Weise zu dem Cessionar gestellt, so kann er — wenn auch seine Kunde von der Cession eine minder sichere sein sollte — nicht mehr ohne Weiteres den Dispositionen des Cedenten über die Forderung Folge geben; es entspricht der bona fides, daß er mindestens, wenn ihn der Cedent angreift, dem Cessionar Anzeige mache, damit dieser seine Rechte wahren könne.

Ferner folgere ich aus jener Bedeutung der Denunciation, daß sie an sich nicht über die Person des Denunciaten — man gestatte mir diesen Ausdruck — hinaus wirkt. Wenn der Erbe des Schuldners, welcher von der seinem Erblasser erfolgten Denunciation nichts weiß, dem ursprünglichen Gläubiger als vermeintlich noch berechtigten zahlt, so verdient diese Zahlung nicht minder Schutz, als die des gutgläubigen Schuldners überhaupt. Der Cessionar wird daher, um sicher zu gehen, unter Umständen die

Denunciation wiederholen müssen. — Auch kommt jener Gesichtspunkt in Betracht, wenn für die cedirte Forderung mehrere correi debendi vorhanden sind. Wenn der Cessionar dem Hauptschuldner denunciirt, dem Bürgen aber nicht, und dieser letztere bona fide dem Cedenten zahlt: so kann demselben die Regreßklage (actio mandati) wider den Hauptschuldner nicht versagt werden; eben deshalb aber ist dieser dem Cessionar gegenüber frei. Wollte der Cessionar dies hindern, so mußte er auch dem Bürgen denunciiren; der Hauptschuldner genügte der bona fides, wenn er den Cessionar nur von dem Vorhandensein eines Bürgen, welcher zahlen könnte, in Kenntniß setzte. Er braucht aber nicht, wie ich glaube, dem Bürgen Nachricht zu geben; der Cessionar mag selbst seine Briefe tragen.

Endlich läßt auch die Erkenntniß, daß die Denunciation nicht eigentlich dasjenige sei, was das Recht des Cessionars wider den Schuldner begründe, derselben ihre richtige Bedeutung für den Proceß anweisen. Eine selbständige, vorgängige Denunciation ist nicht Bedingung der vom Cessionar zu erhebenden Klage. Da, wo die Schuld ohne Mahnung fällig wird (d. h. wo der Schuldner das Geschuldete dem Gläubiger zu bestimmter Zeit bringen muß), oder wo der Cedent selbst die Schuld bereits eingemahnt hat, kann der Cessionar lediglich auf den Grund hin, daß der Schuldner dem Cedenten nicht gezahlt habe, Klage erheben, ohne daß der Schuldner entgegensetzen kann, die Cession sei ihm nicht bekannt gemacht. Wo dagegen für die Klagerhebung eine Mahnung erforderlich und diese nicht bereits vom Cedenten bewirkt ist: da muß der Cessionar noch die Mahnung vornehmen, und hierbei, um sich als richtigen Mahner auszuweisen, zugleich die Cession dem Schuldner glaubhaft anzeigen, insofern er sich nicht auf eine anderweite Kunde des

Schuldners von der Cession berufen kann. Die Denunciation bildet daher nur als Qualification der Mahnung eine Bedingung der Klagerhebung; das Erforderniß beider geht Hand in Hand.

§. 10.

Abweichend von den Ausführungen des vorigen §. stellt die herrschende Lehre den Satz auf: der Cedent bleibt auch nach der Cession noch Gläubiger; erst mit der Denunciation des Cessionars (ob auch des Cedenten? — darüber streitet man) hört er auf, es zu sein. Sie substituirt hiernach dem Rechte des Schuldners, an den Cedenten Zahlung zu leisten, ein Recht des Cedenten, Zahlung zu fordern. Man beruft sich hierfür auf die dem Cedenten verbleibende actio directa, so wie auf die Entscheidung in c. 3 de novat.

Was die erstere betrifft, so giebt es keine Stelle, welche dieselbe, der actio utilis gegenüber, als ein praktisch berechtigtes Rechtsmittel bezeichnete. Umgekehrt wird vielmehr in einem ganz ähnlichen Verhältnisse gesagt:

> Et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda [86]).

Jene actio directa des Cedenten neben der actio utilis des Cessionars ist nichts mehr, als das nudum jus Quiritium dem in bonis habere gegenüber, als das Recht des Civilerben im Gegensatz zu der bonorum possessio cum re. Sie ist ein leerer Name, eine historische Reminiscenz an den altrömischen Satz, daß Forderungsrechte nicht über-

86) l. 27 i. C. de procur. 3, 3.

tragbar seien; die abgewelkte Blatthülse, welcher die actio utilis des Cessionars entwachsen ist. Als reiner Zufall ist es zu betrachten, daß Justinian sie nicht gerade so, wie das nudum jus Quiritium, ausdrücklich aufgehoben hat; und von ihr als einem praktischen Begriffe reden, gehört so recht zum modernen „Mumiencultus.“

Trotz dieser, nur in der Idee des alten Civilrechts fortlebenden, actio directa muß also als praktisches Recht behauptet werden, daß dem Cedenten gar kein Klagrecht weiter zustehe, und zwar nicht etwa nur für die Zeit nach der Denunciation, sondern alsbald von der Cession an. Allerdings construirt sich aus der factischen Möglichkeit, daß der Cedent auch noch nach der Cession — so lange der Schuldner von dieser nichts weiß — die Schuld mit Erfolg einklage, in Verbindung mit der gegenüberstehenden Befugniß des Schuldners, sich durch Zahlung an den Cedenten zu liberiren, ein Verhältniß, welches einem wirklichen Klagrechte des Cedenten, namentlich dem vormals begründeten Rechte des mandirenden Gläubigers, in Widerruf des mandatum actionis auch seinerseits die Forderung einzuklagen, äußerlich ganz ähnlich sieht. Innerlich und genauer aufgefaßt sind aber doch beide Verhältnisse wesentlich verschieden. Die fortdauernde Berechtigung des dominus an der actio mandata war eine wirkliche, materielle; jene quasi-Berechtigung des Cedenten an der cedirten Forderung gründet sich auf processualischen Schein.

Auf der — so leicht möglichen — Verwechselung dieser Verhältnisse beruht auch die Aufnahme der c. 3 de novat. in die Rechtsbücher. Daß man aber damit nicht den Standpunkt des Delegationsbegriffs aufrecht erhalten wollte, beweist eben der Umstand, daß man sie augenscheinlich durch die beliebten Zusätze (s. oben S. 379) auf

den Standpunkt des Cessionsbegriffs überzuführen suchte. Dies wird freilich denen nicht sofort einleuchten, welche in der Denunciation nichts weiter finden, als ein Surrogat der Litiscontestation im Sinne des Delegationsbegriffs. Hiergegen werde ich noch Einiges bemerken müssen.

Wie die Litiscontestation dem i. r. s. procurator die ihm überwiesene Forderung zuwendete, darüber kann nach dem Standpunkt des classischen Rechts — ich erinnere nur an l. 11 §. 1 de novat. — gar kein Zweifel sein; es geschah kraft ihrer Eigenschaft als Quasi-Formalcontract. Wenn also in diesem Sinne die Denunciation der L.C. gleichgestellt wäre, so würde man in jener eine neue Art Formalcontract geschaffen haben. Wie hätte denn nun aber eine solche Schöpfung der ganzen Tendenz der Zeit entsprochen, in welcher wir die Denunciation aufkommen sehen? Weisen etwa die Worte in c. 4 quae res pignoris — nondum certior a te de obligatione tua factus — auf ein formelles Rechtsgeschäft hin? Und will man das in c. 3 de novat. der Denunciation gleichgesetzte „aliquid ex debito accipere“ etwa auch zu einem Akte stempeln, welcher mit quasi-contractlicher Kraft die Forderung ergriffen hätte? — Ferner: wäre die Denunciation nur ein Surrogat der L. C. im alten Sinne gewesen, so hätten die Verhältnisse vor der Denunciation ganz dieselben bleiben müssen, die sie bis dahin vor der L. C. waren; es würde also namentlich vor der Denunciation das mandatum actionis unvererblich und widerruflich geblieben sein. Wird denn aber etwa in c. 1 de oblig. et act. (S. 387) die dem Cessionar nach dem Tode des Cedenten gestattete utilis actio an die Bedingung einer vorgängigen Denunciation geknüpft? Läßt sich nach c. 33 de donat. (S. 393) überhaupt bezweifeln, daß die Rechte aus der Cession ohne Rücksicht auf Denunciation

auf die Erben des Cessionars übergingen resp. fortan übergehen sollten? Und will man etwa dem Cedenten auch das Recht eingeräumt wissen, vor Denunciation des Cessionars dem Schuldner die Zahlung an letzteren mit Wirksamkeit zu verbieten, wie man doch thun müßte, wenn die Cession auch nach neuerem Rechte nichts weiter als die Gestattung eines Rechtserwerbs in sich schlösse [87])?

Einen neuen Gesichtspunkt für die Bedeutung der Denunciation hat Windscheid [88]) aufgestellt. Auch er findet durch die Cession an sich die actio nicht auf den Cessionar übergegangen; es bedürfe vielmehr hierzu noch einer „Besitzergreifung". Das eben sei die denunciatio; sowie auch in der Empfangnahme einer Stückzahlung eine solche liege. Durch diese Wendung stellt sich Windscheid den Resultaten nach auf die Seite der Gegner, welche von einer Unübertragbarkeit der Obligation ꝛc. reden. Denn auch diese haben, so viel mir bekannt, für die Zeit nach der Denunciation aus ihrer Theorie keine unrichtigen Folgen abgeleitet, und der vornehmlichste Grund, weshalb sie zu bekämpfen der Mühe lohnt, besteht eben darin, den Satz zur Geltung zu bringen, daß die Cession selbst die Forderung übertrage.

Man könnte nun zunächst jene „Besitzergreifung" nur im Sinne eines Gleichnisses gemeint nehmen, so daß damit dasselbe gesagt sein solle, was ich oben so ausdrückte: nach dem Standpunkte des Delegationsbegriffs habe sich der i. r. s. procurator die Forderung durch L. C. angeeignet [89]).

---

87) arg. l. 106 de solut. 46, 3.

88) Die Actio ꝛc. S. 140 flg.

89) Sagt doch auch Paulus (l. 32 de procur.) von mehreren bestellten Procuratoren: occupantis melior conditio est; eine gleich sinnbildliche Ausdrucksweise.

In diesem Sinne gedacht, wäre gegen jene Auffassung nichts weiter einzuwenden, als daß sie eben den Delegationsstandpunkt als noch geltenden vertrete.

Windscheid scheint es aber mit seiner „Inbesitznahme" ernstlicher zu meinen. Nachdem er als eine mögliche Auffassung des dabei leitenden Gedankens zunächst die bezeichnet hat: der neue Erwerber der actio habe sich, um wirklich berechtigt zu werden, dem Schuldner (dessen materielles Interesse übrigens dabei nicht als berücksichtigt zu unterstellen sei) „gleichsam erst vorstellen und ihm die neue Richtung anweisen müssen" — eine Erklärung, die mir erst selbst wieder der Erklärung zu bedürfen scheint —: führt er als eine „noch viel näher liegende" Auffassung folgende an: die Inbesitznahme des übertragenen Forderungsrechts sei in gleichem Sinne erfordert worden, wie man die Tradition oder Quasi-Tradition auch für die Servitutenbestellung anwendbar gemacht, um nämlich diese Rechtsgeschäfte mit der nöthigen „Körperhaftigkeit" zu bekleiden.

Es soll nicht geleugnet werden, daß das Verhältniß des Servitutberechtigten zum Eigenthümer der dienenden Sache in einigen Beziehungen mit einer Obligation Aehnlichkeit hat. Der Gegensatz zwischen beiden Verhältnissen tritt aber unter Anderem gerade darin zu Tage, daß dort possessorischer und publicianischer Schutz, sowie erwerbende Verjährung stattfindet, während dies Alles der Obligationenlehre völlig fremd ist. Alle diese Rechtsinstitute beruhen aber auf dem Besitz, und so mußte denn auch bei Servituten ein Besitz anerkannt und der Begriff der Besitzübertragung — Tradition — anwendbar gefunden werden.[90]) Wo aber finden wir im ganzen Obligationenrechte

90) Daher fügt auch Javolenus, welcher in der von Wind-

etwas dem Aehnliches? — Dabei ist noch Folgendes zu beachten. Der Verkehr mit Forderungen entstand zuerst, darüber können wir kaum zweifeln, bei verbrieften Forderungen. Man verkaufte, legirte das chirographum[91]), man verpfändete die cautio[92]); und in Vollziehung dieser Geschäfte wurde ohne Zweifel die Schuldurkunde, als Repräsentantin der Obligation, übergeben. Hätte nun die Idee eines Besitzes und einer Besitzübertragung an Forderungen überhaupt aufkommen können: dann hätte es doch wahrlich am nächsten gelegen, solche an die Uebergabe der Schuldurkunde zu knüpfen[93]). Aber auch in dieser Richtung finden wir keine Spur davon; ein deutlicher Beweis, wie sehr jene Idee der röm. Jurisprudenz widerstand[94]). Und nun sollte dennoch, und zwar noch in classischer Zeit, die Denunciation des Cessionars aus dem Gesichtspunkt einer diesem obliegenden Besitzergreifung an der Forderung eingeführt worden sein?! — Fürwahr, ich halte diesen Gedanken Windscheid's für keinen glücklichen.

§. 11.

Gab man einmal die Anschauung auf, daß der auf ein Forderungsrecht Angewiesene sich dessen Inhalt nur mittelst

---

scheid besonders hervorgehobenen Stelle (l. 20 de servit. 8, 1.) die Anwendbarkeit der Tradition auf Servituten, im Gegensatz zu Labeo, bejaht, alsbald hinzu: ideoque et interdicta veluti prossessoria constituta sunt.

91) l. 59. de leg. III. l. 44 §. 5 de leg. I.

92) l. 20 de pignor. 20, 1.

93) Erkennt doch die heutige Praxis der mittelst Uebergabe der Schuldverschreibung vollzogenen Verpfändung einer Forderung die Rechte des Faustpfandes zu. Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 15.

94) Auch Donell (Comm. XV c. 44) spricht dies entschieden aus: — Quippe traditionibus et usucapionibus jure directo res transferuntur; actionis autem datio nullam traditionem admittit.

eines mit dem Schuldner einzugehenden Formelcontraktes anzueignen vermöge: dann wies Alles darauf hin, schon allein den zwischen Gläubiger und dem Dritten geeinigten Willen, also das mandatum actionis selbst, als Factor des Rechtsüberganges anzuerkennen. Dies entsprach der ganzen Zeitströmung, welche im späteren röm. Recht überall dahin geht, den Willen, mehr und mehr von Formen entfesselt, zum Erzeuger und Beherrscher des Rechtes zu machen. Es entsprach dies insonderheit den für die Klagen-Translation zwischen Erben und Fideicommissar längst hergebrachten Grundsätzen, indem diese ebenfalls durch einen formlosen Willensakt, die Restitutionserklärung des Erben, vollzogen wurde [95]).

Aber auch der dem Schuldner, wenn er bona fide dem Cedenten zahlte, gewährte Schutz ist nichts Alleinstehendes, vielmehr nur eine Wiederholung vieler gleichartigen Erscheinungen. Derjenige, welcher das Depositum eines Sclaven dem vermeintlichen Herrn desselben zurückgiebt, haftet dem wahren Herrn nicht weiter; dieser kann sich nur an den Empfänger halten [96]). Der Schuldner, welcher dem durch Delegation beschenkten Ehegatten expromittirt hat und dann ohne Vorwissen von der Schenkung zahlt [92]), desgleichen der Schuldner, welcher dem Mandatar seines Gläubigers ohne Vorwissen von der Erledigung des Mandats durch Tod oder Widerruf Zahlung leistet, gilt als befreit [98]). Will der Gläubiger dies hindern, so mag er dem Schuldner den Widerruf kund thun; denn:

---

95) l. 37 pr. ad SC. Trebell. 36, 1.
96) l 1. §. 32. deposit. 16, 3.
97) l. 39. de donat i. v. e. u. 24, 1.
98) Vgl. die Citate Note 81.

cui permisero solvi, ei non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur [99]).

Besonders interessant für unsere Betrachtung sind aber die Erörterungen der l. 29 mandati. Es wird gefragt, ob der Bürge mit der actio mandati seinen Regreß wider den Hauptschuldner nehmen könne, wenn er, auf die Schuld belangt, eine dem Hauptschuldner zustehende Exception vorzuschützen unterlassen habe; dies wird verneint, wenn er es wissentlich gethan, bejaht dagegen, wenn er die Exception nicht gekannt habe;

> potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

Dieselben Regeln werden nun auch angewendet für den Fall einer vom Hauptschuldner oder Bürgen geleisteten Zahlung.

> (§. 2.) Si quum debitor solvisset, ignarus fidejussor solverit, puto eum mandati habere actionem; ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debitorem solvisse; debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam, in quam fidejussit. (§. 3.) Hoc idem tractari et in fidejussore potest, si, quum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat; et credo, si, cum possit eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli. Dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere

99) l. 106 de solut. Vgl. auch l. 21 i. f. ad SC Treb. 36, 1.

autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequetur.

Der Bürge soll also, um sich den Regreß gegen den Hauptschuldner zu erhalten, diesen von der seinerseits geleisteten Zahlung in Kenntniß setzen. Auch hier wird ein nunciare, certiorare, notum facere etc. begehrt. Aber Niemand wird daran denken, darin einen Formalakt oder eine „Besitzergreifung", zu finden, durch welche das Recht der actio mandati dem Bürgen erst erworben würde. Vielmehr findet diese Klage ihre unmittelbare Grundlage in der vom Bürgen geleisteten Zahlung selbst. Durch diese, kann man sagen, geht die Forderung des Gläubigers (materiell) auf ihn über. Die dem Bürgen zur Pflicht gemachte Denunciation hat daher nur die Bedeutung, daß dadurch die ignorantia des Hauptschuldners zerstört werden soll, welche diesen, wenn er bona fide ebenfalls zahlt, dem Bürgen gegenüber zur exc. doli berechtigt; so daß sich letzterer mit Abtretung der cond. indebiti wider den Hauptschuldner begnügen muß. Dabei aber versteht es sich von selbst und wird wohl Niemand bezweifeln, daß der Hauptschuldner, wenn er die erfolgte Zahlung des Bürgen anderweit erfährt, die daraus auch für ihn entspringende Zahlungseinrede dem ihn angehenden Gläubiger entgegenzusetzen nicht allein berechtigt, sondern selbst im Verhältniß zum Bürgen verpflichtet ist. Denn dem Einwande: „warum hast du mich nicht benachrichtigt", entgegnet dieser ganz einfach: „du hast es ja gewußt."

Es ist nun bekannt, daß der Bürge auch in der Form für den Hauptschuldner Zahlung leisten kann, daß er sich dagegen die Forderung des Gläubigers cediren läßt [100]).

---

100) l. 76 de solut. 46, 3. l. 36 de fidejuss. 46, 1.

Vergleichen wir diesen Fall mit dem vorbesprochenen, wo er solutionis causa zahlt, so sind sich beide in ihrer äußeren Gestaltung völlig gleich. Hier wie dort erwirbt der Bürge eine Forderung an den Hauptschuldner dadurch, daß er dessen Gläubiger ausbezahlt und dieser dagegen seine Forderung wider den Hauptschuldner aufgiebt; hier wie dort soll der Bürge (resp. Cessionar) den Hauptschuldner (debitor cessus) von dem vorgenommenen Rechtsakt in Kenntniß setzen. Thut er dies nicht, so wird der Schuldner, wenn er bona fide an den nicht mehr berechtigten Gläubiger (Cedenten) Zahlung leistet, frei, und der Bürge (Cessionar) kann nur noch an den unberechtigten Zahlungsempfänger sich halten.

Warum soll denn nun aber hier — bei einer gegen Cession geleisteten Zahlung — die dem Bürgen obliegende Denunciation eine ganz andere Bedeutung haben als dort? Warum soll ihm hier erst durch Denunciation das Recht erworben werden? Warum soll hier der Hauptschuldner, wenn er die Ausbezahlung des Gläubigers durch den Bürgen anderweit mit genügender Sicherheit erfährt, weder verpflichtet, noch selbst einmal berechtigt sein, dem Gläubiger, der zum zweiten Male Zahlung verlangt, zu erwiedern: „du hast nichts mehr zu fordern, denn „du hast ja dein Geld schon bekommen.“

Und wenn man nun vollends erwägt, daß die übereinstimmende Gestaltung beider Verhältnisse ihre gemeinsame Grundlage in demjenigen Dritten findet, was jeder vernünftige Mensch, auch wenn er niemals etwas vom Recht gehört, sich selbst sagen muß: fühlt man denn da nicht, daß man durch die Deutung, welche man der Denunciation in der Cessionslehre gegeben, Künsteleien in das Recht hineingetragen hat, während man mit der einfachsten und natürlichsten Anschauung ausgereicht hätte!

Aber warum begehrt denn — fragt Windscheid — das römische Recht zur Ausschließung des Cedenten stets eine Denunciation? warum hat es nicht jede Wissenschaft des Schuldners von der Cession für genügend erklärt? — Wäre dem wirklich so, so würde gleichwohl auf diese Fragen zu erwiedern sein: aus demselben Grunde, aus welchem in §. 2 und 3 der l. 29 mand. nur von einer Denunciation des zahlenden correus die Rede ist; weil nämlich die Kundgebung gerade durch denjenigen, welcher ohne Mitwirkung des Schuldners die Rechte des Gläubigers erworben hat, der nächstliegende, natürlichste Weg ist, auf welchem der Schuldner die Sache erfährt. Auch sind den Römern ohne Zweifel diejenigen Rücksichten nicht fremd geblieben[101]), welche nach dem Obigen (S. 417) dahin führen müssen, in der Regel nur an die Denunciation des Cessionars eine Verpflichtung des Schuldners, die Cession zu beachten, für geknüpft zu halten[102]). — Aber jene Unterstellung ist nicht einmal richtig. In l. 17 de transact. (S. 384) wird aus dem mit dem Erben abgeschlossenen Vergleich eine exceptio wider den Erbschaftskäufer oder Fideicommissar nur demjenigen Schuldner gestattet,

— qui ignorabat venditam esse hereditatem.

„Ja freilich!" — sagen Mühlenbruch und Puchta — „das sind aber singuläre Fälle, wo ein ganzes Vermögen übergeht." — Ich vermag hier nichts Singuläres zu erblicken. Auch der Fideicommissar und Erbschaftskäufer wer-

101) So soll auch der Delegat dem Delegatar die exc. SCti. Maced. nicht entgegen setzen dürfen — quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam, si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur; — (l. 19 de novat.).

102) In dieser Beziehung ist allerdings die Stellung des Hauptschuldners zu dem für ihn zahlenden Bürgen eine strengere.

den nach Civilrecht nicht Eigner der Erbschaftsforderungen. Die hereditas vendita und actio vendita[103]), die restitutio hereditatis und das mandatum actionis[104]) werden in den Quellen überall neben einander gestellt. Die einzige Singularität jener Fälle ist eine rein historische, darin bestehend, daß sie die ersten, und zur Zeit der Pandektenjuristen fast die einzigen waren, wo das Princip der actio utilis zum Durchbruch gekommen war. Daher konnte auch nur bei ihnen so geredet werden, während überall sonst in den Pandekten — nicht etwa eine Denunciation, sondern — die Litiscontestation, diese aber natürlich vom Standpunkt des Delegationsbegriffs, als dasjenige genannt wird, wonach die Forderung dem Cessionar nicht weiter entzogen werden könne.

Stellen wir nun die drei einzigen Aussprüche der Quellen über die Denunciation, resp. die Wissenschaft des Schuldners zusammen:

— qui ignorabat, venditam esse hereditatem —

— nondum certior a te de obligatione tua factus —

— antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit —:

ist es denn da so schwierig, den einen leitenden Gedanken herauszufinden: der Schuldner muß von der erfolgten Cession Kunde erlangen, und zwar eine so sichere Kunde, wie sie ihm in der Regel nur die Denunciation des Cessionars gewährt?

In der Praxis hat der Satz: der debitor cessus dürfe vor Denunciation des Cessionars dem klagenden Cedenten die stattgehabte Cession nicht entgegensetzen, mitunter eine gewisse Gunst erfahren, weil er hie und da das Mittel zu

103) Tit. D. (18, 4) et C. (4, 39) de hereditate vel actione vendita.

104) L. 37 §. 1 ad SC. Treb. 36, 1.

bieten schien, einen unbequemen Einwand am kürzesten zu erledigen. Man hüte sich doch aber, das materielle Recht durch Aufstellung unwahrer Rechtssätze protegiren zu wollen. Wie leicht kann das umschlagen! Man denke: ein Verwandter des Schuldners hat sich von dem drängenden Gläubiger lediglich deshalb die Forderung cediren lassen, um dem Schuldner hinreichende Frist zu geben oder nach Befinden die Schuld ganz nachzulassen. Jetzt tritt unter Umständen, wo wegen Abwesenheit oder Tod des Cessionars die Denunciation nicht sofort nachgeholt werden kann, der Gläubiger von Neuem auf, und nun soll ihm, der sein Geld schon in der Tasche hat, der bedrängte Schuldner nochmals zahlen, lediglich weil dieser eine Denunciation nicht beweisen kann! Wo bleibt denn da die materielle Gerechtigkeit?

Auch noch folgende Fälle können einem gesunden Rechtsgefühl als Prüfstein dienen:

1) Denken wir: nach erfolgter Cession, aber vor Denunciation des Cessionars stirbt der Cedent und wird vom Schuldner beerbt (oder umgekehrt). Die gemeine Lehre muß in diesem Fall sagen: da der Cedent noch Gläubiger war, so ist durch die Beerbung Confusion der Schuld eingetreten; der Cessionar kann daher nur obligatorische Rechte aus der causa cessionis, so weit solche wegen zufälligem Untergang des zugesagten Objects stattfinden, geltend machen. — Ich sage: er klagt die cedirte Forderung gerade so gegen den Erben ein, als wäre nichts geschehen. Denn die Confusion ist kein Rechtsakt, welcher für den debitor cessus einen die exceptio doli rechtfertigenden Schutz erheischt.

2) Wird zur Tilgung einer Schuld des Cedenten an den Cessionar eine Forderung in solutum cedirt: so würde nach der gemeinen Lehre die beabsichtigte Tilgung der

Schuld[105]) nicht schon durch die Cession, sondern erst durch die Denunciation bewirkt werden. Denn bei der Zahlung ist die Befreiung des Schuldners kein selbständiger (abstracter) Rechtsakt, sondern unbedingt abhängig davon, daß das Tilgungsmittel in das Vermögen des Gläubigers übergeht[106]). Wenn daher vor der Denunciation der debitor cessus insolvent würde, so würde der Cessionar wegen seiner Schuld alsbald wieder auf den Cedenten zurückgreifen können. Kurz, man müßte auch noch heutzutage den Satz aufstellen, welcher in der That der c. 3 de noval. zu Grunde liegt[107]): die Cession ist unfähig, als Zahlung zu wirken (S. 380). Schwerlich aber möchte sich die Praxis zu dieser Consequenz der jenseitigen Doctrin verstehen wollen.

§. 12.

Eine andere Frage, welche hier einschlägt, ist die, ob von mehreren Cessionaren (C^1. und C^2.) desselben Gläubigers (A.) derjenige vorgehe, welcher zuerst Cession erlangt, oder derjenige, welcher zuerst denunciirt hat? Dabei versteht sich von selbst, daß, wenn der jüngere Cessionar (C^2.) vor bewirkter Denunciation von Seiten des älteren (C^1.) bereits

105) Beiläufig sei hier bemerkt, daß es auch eine Cession in solutum giebt, bei welcher die Tilgung vorläufig noch nicht, sondern erst mit der wirklichen Erhebung der cedirten Forderung eintritt. Es ist dies die „Cession vorbehaltlich Eingangs", welche häufig bei Kaufleuten vorkommt, in der Theorie aber kaum beachtet scheint. Sie verhält sich zur tilgenden Cession, wie die accessorische stipulatio debiti zu der novirenden.

106) Vergl. Bähr, Anerkennung ꝛc. S. 35 a. E.

107) Freilich will Mühlenbruch (S. 199 Note 372) die c. 3 de nov., anscheinend in dieser Richtung, nicht mehr gelten lassen, „weil sie auf der ehemaligen beschränkten Wirkung der Mandatsform beruhe." Das verstehe ich nicht. Behauptet man auf Grund der c. 3: „nach der Cession ist der Cedent noch immer Gläubiger, es ist nichts in das Vermögen des Cessionars übergegangen," so folgt daraus unabweislich: durch die Cession wird der Cedent von seiner Schuld nicht frei.

Zahlung empfangen hat, von einem Anspruch des C[1]. wider den Schuldner (N.) auf Zahlung nicht weiter die Rede sein kann. Jene Frage stellt sich daher nur für den Fall, daß auf die erfolgte Denunciation des C[2]. noch nicht gezahlt ist, und nunmehr C[1]. mit seinem Anspruch hervortritt. Auch in dieser, bekanntlich bestrittenen, Frage offenbart sich nichts weiter, als ein Widerstreit des Delegations- und Cessionsbegriffs. Nach dem Delegationsstandpunkt wurde von den mehreren nach einander bestellten i. r. s. procuratores jeder gleich befugt, sich die Forderung anzueignen; derjenige aber wurde wirklicher Eigenthümer derselben, welcher zuerst litem contestirte; und diese Bedeutung der Litiscontestation will man jetzt auch der Denunciation beilegen. Nach dem entwickelten Cessionsbegriff muß man dagegen sagen: durch die Cession selbst wird ein wirklicher, quasi-sachlicher, Rechtsstoff übertragen; und wenn daher der Gläubiger zum zweiten Male cedirt, so thut er eben so viel, als derjenige, welchen nach Uebertragung seines Eigenthums an einer Sache diese nochmals veräußert, d. h. er überträgt kein Recht, weil er selbst keines mehr hat. Ich kann natürlich nur diese letztere Ansicht für die richtige halten.

Daß der Schuldner, so lange nur die zweite Cession zu seiner Kenntniß gelangt ist, mit Wirksamkeit an den jüngern Cessionar zahlen kann, beruht auf den nämlichen Gründen, aus welchen er auch, so lange er von einer Cession überhaupt nichts weiß, an den Cedenten zahlen darf. Mit der Kenntnißnahme von der ersten Cession endiget aber diese Befugniß. Nicht schon durch die Denunciation des C[2]., sondern erst durch Zahlung an diesen, hört dem C[1]. gegenüber das Verhältniß auf, res integra zu sein.

Zweifeln könnte man, ob nicht auch dann der Schuldner den ersten Cessionar zurückzuweisen befugt sei, wenn er

dem zweiten Cessionar zwar nicht gezahlt, aber doch ein novirendes Zahlungsversprechen — was bei uns regelmäßig in der Form eines neuen Darlehnsscheines geschieht — gegeben habe? Ich verneine diese Frage. Allerdings überträgt das novirende Schuldversprechen ein neues Vermögensobject auf den Stipulanten, welches die bisherige Forderung ablöst. Aber dieses Vermögensobject ist nur ideeller Natur und — da der Stipulant als zweiter Cessionar nicht wirklich Inhaber der ursprünglichen Forderung war — nach den Grundsätzen der condictio ob causam datorum[108]) mittelst exc. doli anfechtbar. Da nun der Schuldner nur einen Anspruch auf Schutz vor reellem Verlust hat, so kann er dem C^1., als dem wahren Gläubiger, Zahlung nicht verweigern, sobald nur dieser die für ihn (den Schuldner) durch das Schuldversprechen herbeigeführte processualische Gefahr übernimmt, d. h. Sicherheit leistet, ihn dem C^2. gegenüber zu vertreten. — Von selbst versteht es sich hiernach, daß auch ein vom Schuldner dem C^2. ertheiltes blos accessorisches Zahlungsversprechen den C^1. nicht auszuschließen vermag.

Die hier dargestellten Grundsätze sind auch maßgebend für das Verhältniß verschiedener Pfandnehmer an einer Forderung. Auch für sie entscheidet nicht die Priorität der Denunciation, sondern die der Verpfändung; natürlich durchbrochen durch die positiven Pfandprivilegien.

Die Art und Weise, wie die Schriftsteller die hier erörterte Frage entscheiden, kann für das am Schluß des §. 8 Bemerkte als besonderer Beleg dienen. Mühlenbruch[109]), Sintenis[110]), Vangerow[111]), obgleich sie eine Sin-

---

108) Hiervon unten.

109) S. 502. — Die geschraubte Ausdrucksweise scheint zu beweisen, daß M. sich bei der Frage nicht wohl fühlte.

110) Civilrecht II. S. 821.

111) Lehrb. d. Pand., 6. Aufl. S. 134.

gularsuccession in Obligationen verneinen, erkennen doch im Widerspruch hiermit dem ersten Cessionar den Vorzug zu. Puchta äußert sich unbestimmt[112]). Windscheid[113]), in Consequenz zu seiner Besitzergreifungstheorie, entscheidet für den Vorzug der ersten Denunciation. Am ausführlichsten vertreten sind beide Ansichten einerseits in den bereits (Note 79) angeführten Aufsätzen Schäffer's (zu Gunsten des ersten Cessionars), und andererseits in einem Aufsatze von Musset[114]) (zu Gunsten des Denuncianten). Ueber die Bedeutung der ersteren Aufsätze habe ich mich schon oben ausgesprochen. Musset vertheidigt seine Ansicht ganz folgerichtig aus dem Standpunkt des Delegationsbegriffs. Ja, er spricht geradezu aus, daß die Denunciation „materiell und der That nach eine Delegation" bewirke[115]). Daneben sucht er auch durch praktische Gründe den Leser zu gewinnen, indem er anführt: nur in der Priorität der Denunciation sei dem Schuldner ein sicheres Kriterium gegeben, an wen er zu zahlen habe. — Daß dem Schuldner aus der Concurrenz mehrerer Cessionare keine Gefahr erwachsen dürfe, wird wohl von Niemanden mehr anerkannt, als von mir. Hiergegen sind jedoch andere Mittel gegeben; nicht aber kann dazu dienen, die Cession, ihrer ganzen heutigen Auffassung widersprechend, auf den Delegationsstandpunkt zurückzuschrauben.

Auch in der Praxis möchte die Priorität der Cession

---

112) Er sagt (Vorl. §. 283): „wenn der zweite Cessionar dem ersten zuvorkommt, so ist dieser ausgeschlossen." Womit zuvorkommt? mit Zahlungsempfang oder Denunciation?

113) Die Actio 2c. S. 190.

114) Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. N. F. X. N. 12.

115) Er betritt hiermit den einzigen Weg, auf welchem sich seine Theorie überhaupt vertheidigen läßt; und ich weiß nicht, warum Windscheid (S. 190 Note 25) sich dagegen sträubt.

die meisten Stimmen für sich haben. So wie das OAGericht zu Lübeck[116]) hat auch das zu Cassel mehrfach[117]) sich dafür ausgesprochen.

§. 13.

Eine weiter sich anschließende Frage stellt sich dahin: kann der Cessionar, wenn die Forderung nach der Cession von dem Cedenten oder einem späteren Cessionar desselben erhoben ist, das Erhobene dem Empfänger wieder abholen?

Dem Cedenten selbst gegenüber verliert freilich diese Frage deshalb an Bedeutung, weil dieser meistens schon aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung für die Forderung wird haften müssen[118]). In voller Schärfe tritt dieselbe erst hervor, wenn man einen zweiten Cessionar (mit welchem also der erste in keinem Vertragsverhältniß steht) als denjenigen sich denkt, welcher die Forderung eingenommen habe. Unterstellen wir also: A. cedirt seine Forderung wider N. an C¹. Ehe noch C¹. denunciirt, cedirt A. nochmals an C²., und dieser erhebt die Forderung. N. braucht hiernach nicht nochmals zu zahlen; A. ist vielleicht insolvent. Kann nun C¹. wider C². auftreten und das Eingenommene erstattet begehren?

Vom Standpunkt des Delegationsbegriffs ist die Frage unzweifelhaft zu verneinen. C². hat nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht. Er ist einem zweiten Käufer zu vergleichen, welcher sich vor dem ersten die Sache hat tradiren lassen; ihm gehört die Sache — occupantis melior est conditio.

Vom Standpunkt des Cessionsbegriffs dagegen dürfte

116) Seuffert, Archiv VIII. N. 248.

117) S. eine solche Entscheidung im (Kurh.) „Rechtsfreund" v. 1850 S. 104.

118) L. 23 §. 1 de her. v. act. vend. 18, 4.

die Frage zu bejahen sein; und zwar führt zu diesem Ziele ein doppelter Weg juristischer Anschauung.

Indem N. an C^2. zahlte, zahlte er an Jemanden, der objectiv zur Erhebung der Forderung nicht berechtigt war. Es ist ihm dadurch eine condictio (und zwar die cond. ob causam datorum) auf Rückerstattung des Gezahlten wider C^2. erworben. Diese condictio bildet ein an die Stelle der gezahlten Summe in das Vermögen des N. gelangtes Surrogat, so daß C^1., wenn auch nicht mehr baare Zahlung, doch statt dessen Abtretung dieser Condiction von dem Schuldner N. begehren darf[119]). Mittelst dieser Condiction aber erlangt er dasjenige, was N. gezahlt, von C^2. erstattet. Der hier fragliche Fall wird nun zu denen gerechnet werden dürfen, wo man heutzutage nach dem erweiterten Princip der actio utilis (S. 399) dem auf Cession Berechtigten auch ohne ausdrückliche Erklärung des Verpflichteten ein Klagrecht gewährt. Und so gestaltet sich denn der eine Weg, auf welchem der erste Cessionar wider den zweiten zu seinem Gelde gelangen kann, dahin: er klagt kraft wirklich ertheilter oder fingirter Cession mittelst der dem Schuldner erworbenen condictio ob causam datorum.

Den anderen Weg eröffnet folgende Betrachtung. Da nach dem entwickelten Cessionsbegriff die Forderung als gleichsam sachliches Rechtsobject durch die erste Cession in das Vermögen des C^1. übergegangen ist: so übt C^2., wenn

119) Eine ganz nahe Analogie gewähren die in l. 29 §. 2 u. 3 mandati (S. 429) besprochenen Verhältnisse. — Man könnte vielleicht den Einwand erheben: warum soll dem Schuldner N. eine Condiction wider C^2. gestattet werden? er ist ja befreit, und braucht nicht lediglich im Interesse des C^1. zu condiciren. Hierauf würde man aber sagen müssen: ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Vgl. l. 36 i. f. de fidejuss. 46, 3. l. 14 pr. mand. 17, 1 l. 31 pr. de hered. pet. 5, 3. (Sed an bonae fidei possessor etc.).

er die Forderung erhebt, ein ihm selbst objectiv fremdes, dem C¹. rechtlich zustehendes Geschäft aus. Es treten daher die Grundsätze der negotiorum gestio wider ihn in Anwendung. Das Verhältniß ist ganz das nämliche, als ob ein Nicht-Eigenthümer eine Sache verkauft hat; auch dieser haftet dem wahren Eigenthümer für den eingenommenen Preis nach den Grundsätzen der neg. gestio [120]). Unzweifelhaft erscheint diese Haftung, wo der Disponent die fremde Berechtigung mala fide ausübte; denn sein dolus kann nicht dahin führen, das objectiv fremde Geschäft in ein ihm selbst zustehendes umzuwandeln. Zweifelhafter ist allerdings der Fall, wenn C². bona fide die Forderung einnahm; es hängt diese Frage von der Ausdehnung ab, welche man der actio neg. gest. directa auf dem Gebiet subjektiv eigener, objektiv fremder Geschäfte zugesteht; eine Ausdehnung, welche bekanntlich bestritten ist. Ich glaube jedoch für den vorliegenden Fall eine Haftbarkeit des zweiten Cessionars nach l. ult. de negot. gest. (3, 5) annehmen zu dürfen [121]); und so begründet die actio neg. gest. directa den zweiten Gesichtspunkt, aus welchem C¹. die Erstattung des von C². Eingenommenen verlangen kann.

Wenn also bei unterbliebener Denunciation der Schuldner dem Cedenten oder einem zweiten Cessionar desselben zahlt: so geht dadurch dem ersten Cessionar sein Recht auf die Forderung nicht verloren; er kann sich jedoch nicht mehr

120) C. 3 de rei vindic. 3, 31.

121) Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio neg. gest. actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses. — In einem analogen Falle gestattet l. 22 §. 10 i. f. mandati (17, 1) eine in factum actio. Näher auf die Frage einzugehen, verbietet der Raum.

an den Schuldner, sondern nur an den Zahlungsempfänger halten; unbeschadet der obligatorischen Ansprüche, die ihm aus der causa cessionis wider den Cedenten zustehen.

Wie nun aber, wenn in dem obigen Falle C². dem N. die Forderung schenkweise erläßt? — Hier kann weder von einer aus der Person des N. zu entnehmenden Condiction, noch von einer actio neg. gest. wider C². die Rede sein; mit letzterer müßte ja C¹. die Schenkung selbst genehmigen. Wie kommt nun aber C¹. zu seinem Gelde? — Diese Frage führt wieder zu der Richtigkeit des bereits oben (S. 419) für diesen Fall angedeuteten Resultats: C². klagt die Forderung nach wie vor gegen den Schuldner N. ein, welchen der schenkweise Erlaß nicht schützt. War bei der Schenkung N. in bona, C². in mala fide, so mag ersterer gegen letzteren Regreß nehmen; war eines oder das andere nicht der Fall, so mag N. den Verlust tragen; er trägt ihn leichter, da er nur de lucro captando certirt.

§. 14.

Auch noch in anderen Beziehungen kann die herrschende Lehre leicht Irrungen hervorrufen. So in Betreff der Frage, ob der Schuldner, wenn er eine Nichtschuld an einen Cessionar seines vermeintlichen Gläubigers zahlt, die condictio indebiti gegen den Cessionar oder gegen den Cedenten zu richten habe? Sieht man den Cessionar lediglich als einen procurator an, welchem eine Nichtschuld ausdrücklich zur Einklagung überwiesen sei, so könnte man in Anwendung der l. 57 §. 1 de cond. ind. dahin kommen, den Schuldner mit seiner Condiction lediglich an den Cedenten zu verweisen. Ich halte dies für irrig [122]). Der Cessionar ist, den Bestand einer

122) Gegen den Cedenten vermöchte der Zahlende nur etwa insc-

Schuld vorausgesetzt, wirklich Gläubiger. Er ist daher auch der durch Zahlung des indebitum zunächst bereicherte. Denn er hat die vermeintliche Forderung für sich erhoben. Unmittelbar aus dieser Bereicherung geht aber das Recht der cond. indeb. hervor, wobei der Nichtbestand des auf den Cessionar übertragenen Schuldverhältnisses nur das Mittel bietet, jene Bereicherung als eine ungerechtfertigte darzustellen. — Die innere Gerechtigkeit dieses Resultats ergiebt sich namentlich, wenn wir als causa der Cession eine bona fide vorgenommene Schenkung unterstellen. Wenn hier der Schuldner N. den Ungrund der Forderung noch vor der Zahlung entdeckt und deshalb die Klage des Cessionars C. mit Erfolg bestreitet: so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Verlust den C. trifft und auch auf ihm haften bleibt, da ihm wider seinen Cedenten A. ein Regreß nicht zusteht. Entdeckte aber N. den Ungrund der Forderung erst später, und wäre nun mit der cond. indeb. an A. verwiesen: so würde A. den Verlust tragen müssen, da ihm eine Klage auf Ersatz wider C. nicht gegeben wäre. Warum soll nun an jene zufällige Differenz ein verschiedener materieller Erfolg sich knüpfen? Entspricht es denn nicht überhaupt der Gerechtigkeit, daß der Beschenkte, C., den Verlust trägt? Und was ist die cond. indeb. anderes, als ein qualifizirtes nachträgliches Bestreiten der Schuld, gegen denjenigen wirksam, gegen welchen auch ein uranfängliches zu wirken bestimmt gewesen wäre? —

Endlich halte ich auch den Cessionsbegriff auf die Uebertragung dinglicher Ansprüche für vollkommen anwendbar. Es ist mir bedenklich, mit Jhering (S. 110 dieser Jahr-

---

fern zu klagen, als der Cessionar wider jenen einen Regreßanspruch hätte, und man annehmen könnte, daß der Zahlende — statt der cond. indeb. — diese Regreßklage utiliter ausüben dürfe. Ein solches Recht könnte aber keinenfalls ihm zur Pflicht gemacht werden.

bücher) die cedirte rei vindicatio für erloschen zu erachten, wenn der cedirende Eigenthümer selbst den Besitz der Sache zurückerhalten hat. Vielmehr zeigt sich in diesem Falle — vorausgesetzt nur, daß die rei vind. allgemein gegen jeden Besitzer cedirt wurde — die auf den Cessionar übertragene actio utilis kraft ihrer Selbständigkeit m. E. auch gegen den Eigenthümer wirksam[123]), ähnlich, wie auch die prätorische actio Publiciana unter Umständen selbst wider den Civileigenthümer wirkt. Ihering selbst nimmt an (S. 111 das.), daß bei Beerbung zwischen Schuldner und Cedenten die cedirte Obligation nicht erlösche, sondern dem Cessionar erhalten bleibe. Danach wird man auch wohl zugeben, daß bei Cession einer actio quod metus causa der Cedent durch nachträgliche Erlangung des Besitzes der erpreßten Sache Schuldner des Cessionars werde; daß ferner bei Cession einer hypothekarischen Forderung der Cessionar auch wider den Cedenten, wenn dieser nach der Cession die Hypothek erwirbt, die actio hypothecaria richten könne. Sind denn aber nicht alle diese Verhältnisse der Wiedererlangung des Besitzes von Seiten des cedirenden Eigenthümers analog? — Auch die Denunciation übt dort m. E. ganz die nämliche Function; sie nöthigt den Detentor, wenn er das Eigenthum des Cedenten anerkennt, nicht an diesen, sondern an den Cessionar den Besitz abzutreten, widrigenfalls er letzterem als dolo desiens possidere haftet. Eine absolute Nöthigung für den Detentor, den Besitz beizuhalten, gewährt sie freilich nicht.

---

123) Man denke z. B., Jemand, dem in Kriegszeiten ein Pferd abhanden gekommen ist, stellt einem Andern eine Urkunde aus, wodurch er demselben seine Eigenthumsansprüche an dem Pferd, wo sich solches auch finden möge, abtritt. Nachher kommt der Cedent selbst wieder in den Besitz, [illegible] er es bona fide als ein fremdes kauft. Kann nun der C[illegible] seiner Cession die Herausgabe des Pferdes von [illegible]ejahe die Frage.

Was aber in dieser Beziehung der cedirten rei vind. abgeht, wächst ihr wieder dadurch zu, daß ihr nun auch der nachfolgende Besitzer unterworfen ist. — Die Cession der rei vindic. bildet hiernach, wie mir scheint, ein praktisches Surrogat der Besitz-, resp. Eigenthumsübertragung, welche reell zu bewirken dem Eigenthümer zur Zeit nicht möglich ist.

§. 15.

In dem Bisherigen habe ich die Folgen des entwickelten Cessionsbegriffs in seiner Wirksamkeit zwischen Cessionar und Cedenten darzustellen gesucht. Im Gegensatz hierzu halte ich es für vollkommen richtig, wenn man, mit Mühlenbruch, principiell davon ausgeht, daß jene Entwickelung auf das Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner keinen Einfluß geübt, daß namentlich die actio utilis dem Cessionar wider den Schuldner keine weitergehenden Rechte, als die actio mandata, gegeben habe, und daß man daher auch noch nach heutigem Rechte sagen könne: der Cessionar gilt dem Schuldner gegenüber einem processualischen Vertreter des Cedenten gleich.

Dieser Satz leidet jedoch nach einer doppelten Seite hin Modificationen. Zunächst gilt er nur zu Gunsten des Schuldners; dieser darf in allen Beziehungen, wo seine Lage dadurch vortheilhafter wird, den Cessionar als seinen wirklichen Gläubiger behandeln. Deshalb muß sich letzterer auch Einreden aus seiner Person gefallen lassen. — Andererseits giebt es Rechte des Schuldners, die mit dem Schuldverhältniß selbst dergestalt außer Zusammenhang stehen, daß sie nur durch die Person des dem Schuldner gegenübertretenden Klägers bestimmt werden. Diese Rechte kann der Schuldner nicht aus seinem Verhältuiß zum Cedenten in das

zum Cessionar hinübertragen. Deshalb, lehrt man, kann der Schuldner aus der Person des Cedenten keine nachträglich entstandene Compensationseinrede geltend machen, keine Widerklage erheben, die Wohlthat der Competenz nicht beanspruchen ꝛc.

Stillschweigend scheint man eine solche selbständige Stellung, als ob der Cessionar ein uranfänglich eigenes Recht verfolge, diesem auch in Beziehung auf den Beweis seines Rechtes zuzugestehen. Gleichwohl erheben sich hiergegen ernstliche Bedenken, und es läßt sich die angeregte Frage in der doppelten Richtung formuliren:

1) in wieweit muß der Cessionar in Betreff der Forderung selbst die dem Schuldner zustehenden Beweismittel nach Maßgabe ihrer Wirksamkeit wider den Cedenten gegen sich gelten lassen?

2) welchergestalt hat der Cessionar dem Schuldner seine Berechtigung an der Forderung (also die erfolgte Cession und deren Wirksamkeit) nachzuweisen?

Obwohl auch die erste Frage hohes praktisches Interesse darbietet [124]), soll doch hier nur die zweite, auf deren Be-

---

124) Nur angeregt mögen hier folgende Zweifel sein. Wenn der Cedent aus einer vom 1sten Juli 1856 datirten Cession Klage erhebt, und der Schuldner setzt ihm eine Privat-Quittung des Cedenten, datirt vom 1. Januar 1856, entgegen: beweist nun diese Quittung, deren Aechtheit vorausgesetzt, auch die Zeit der stattgehabten Tilgung? Sagt man: sie beweist sie nicht, so wird der Schuldner durch die Cession offenbar in eine schlimmere Lage versetzt, da er dem ursprünglichen Gläubiger, wenn er klagte, nur die Quittung entgegenzusetzen brauchte, ohne noch die Zeit derselben besonders erweisen zu müssen. Sagt man: sie beweist auch die Zeit, so entsteht die Frage, ob denn der Cedent durch eine vielleicht antedatirte Quittung den Cessionar um seine Forderung bringen könne? — Aehnliche Schwierigkeiten bietet der Eid. Gewöhnlich sagt man, sowohl Schuldner als Cessionar können darauf bestehen, daß die dem letzteren zu-

deutsamkeit ich bereits oben (S. 358) hingewiesen, ausführlicher erörtert werden.

Die älteren Juristen rechneten die Darlegung des Cessionars, daß er Inhaber der Forderung sei, zu der s. g. legitimatio ad causam. Mochte man auch unter diesem Begriff mancherlei zusammenfassen, was nicht zusammen gehört, mochte man selbst unklare und übertriebene Anschauungen damit verbinden: so fühlte man doch das Richtige durch, wenn man namentlich in der Praxis lehrte: der Beweis der Sachlegitimation des Cessionars müsse ein vollständiger sein, oder müsse durch Cautionen ersetzt werden [125]).

Gegen diese Anschauungen trat mit großer Energie Bethmann=Hollweg [126]) in die Schranken, indem er geltend machte, die s. g. Legitimation zur Sache sei nichts anderes, als ein Theil des Klaggrundes und habe keine von

---

fallenden Eide durch den Cedenten geschworen werden, wenn dieser über die Wahrheit zu schwören vermöge. Wenn nun aber der Cedent den von ihm begehrten Eid verweigert: verliert denn nun der Cessionar den Proceß? Hat der Cedent das Recht, durch sein Geständniß (denn das ist die Eidesweigerung) dem Cessionar die ihm übertragene Forderung zu entziehen? Und will man dies in allen Fällen der Cession, z. B. auch bei einer Zwangscession, gelten lassen? — Wenn man diese und viele ähnliche aus der Cessionslehre hervorgehende Schwierigkeiten betrachtet, welche selbst die feinste Detailbildung des Rechts kaum zu überwinden vermag, so bekommt man eine ganz andere Anschauung von der tiefinneren Begründung des altrömischen Satzes: Obligationen sind unübertragbar, als durch die bogenlangen Abhandlungen unserer Neuern über die „Genesis, Structur der Obligation ꝛc.“ Eine Uebertragbarkeit der Forderungen entsprach nicht dem einfachen, großartigen Baustyl des älteren Rechts.

125) Ludovici, De legitim. ad causam §. 49. Mevius, Decis. VII. 99.

126) Versuche, Abh. II.

den übrigen Klagthatsachen abweichende Natur. Ueber die Berechtigung des Cessionars insonderheit sagt er (S. 89 flg.):

„Mehr Schein hat die gewöhnliche Ansicht bei cedirten Forderungen. Der Cessionar ist bekanntlich nach röm. Recht kein Singular-Successor, sondern übt die Forderung des eigentlichen Gläubigers als dessen Repräsentant, jedoch zu eigenem Vortheil aus (procurator in rem suam). Wie nun der gewöhnliche Procurator sich ad acta legitimiren, d. h. nachweisen muß, daß er Vollmacht habe, in dieser Sache zu handeln, so, scheint es, müsse auch dieser procurator i. r. s. sich legitimiren; nur wegen seines eigenen Interesses, nicht ad acta, sondern ad causam, d. h. es scheint, als müsse wirklich hier der Beweis der Cession als legit. ad causam, von dem Beweis der Forderung selbst, dem Klaggrunde getrennt werden. Allein wenn auch in dem ältern römischen Proceß um jener eigenthümlichen Uebertragungsform der Forderungen willen eine solche Trennung selbst im Verfahren stattgefunden hätte, so sind doch die Gründe dazu für unser heutiges Recht ganz verschwunden. Seitdem dem Cessionar überall, wo er die Cession, die Gestattung der Klage erzwingen kann, eine actio utilis gegeben worden, ist sein Recht nicht mehr von dem leicht zerstörlichen Mandate abhängig, und eben deshalb dem Cedens und debitor cessus gegenüber als ein vollständig erworbenes Recht zu betrachten. Ich sage nicht, daß nun das Forderungsrecht selbst auf ihn übergegangen sei. Er übt immer noch ein fremdes Recht aus. Aber eben die Befugniß, dieses fremde Recht auszuüben, ist ihm nun vollständig erworben, und dadurch jeder praktische Vortheil desselben in seine Hand gegeben, während dem Cedens nicht viel mehr als der bloße Namen bleibt. So wichtig es daher materiell betrachtet ist, daß der Cessionar als Repräsentant des Cedens zu denken sei, daß er ein fremdes Recht ausübe,

so können wir doch formell, im Proceß sagen, er verfolge sein eigenes Recht. Die Bedingungen dieses Rechtes bilden den Klaggrund, den Gegenstand des Hauptbeweises, und zu diesem gehört denn auch die Cession oder deren Titel."

Wer erkennt nicht in dieser Deduction wieder die Unklarheiten moderner Anschauung! Sonderbar! wo man den Cessionar als selbstberechtigt anerkennen sollte, macht man ihn zum Procurator, und wo die Aufrechterhaltung des letzteren Gesichtspunkts nöthig wäre, spricht man von seinem eigenen Rechte.

Mühlenbruch scheint eine Ahnung des Richtigen gehabt zu haben, als er in der ersten Ausgabe der „Cession" den Beweis der Cession durch Eideszuschiebung für ausgeschlossen erklärte. Später (3. Ausg. S. 604) änderte er auf den Grund einer, fast leidenschaftlich geschriebenen, Abhandlung Gensler's [127]) seine Ansicht wieder ab, und ließ jeden Beweis zu.

Die Lehren dieser Theoretiker sind es, welche die früheren Ansichten verdrängt und die bereits oben geschilderten unsäglichen Mißstände herbeigeführt haben. Freilich stehen die Thatsachen, welche die Legitimation des Klägers, welche das klagend verfolgte Recht, und welche die Verletzung dieses Rechts darzulegen bestimmt sind, äußerlich betrachtet auf gleicher Linie, insofern sie alle vom Kläger behauptet und bewiesen werden müssen; so daß man sie in diesem Sinne unter dem gemeinsamen Namen des „Klaggrundes" zusammenfassen kann. Ihre innere Bedeutung für das Rechtsverhältniß ist aber eine mehrfach verschiedene [128]). Bei der

127) Arch. f. civ. Pr. II. Abh. 1.

128) Auch die Thatsachen, welche die Verletzung begründen, haben eine von den übrigen Klagthatsachen abweichende, schwächere Natur, welche sich namentlich darin zeigt, daß sie auch noch nachträglich im Processe hinzutreten können (Savigny, Syst. VI. §. 263. Heuser,

Forderung namentlich tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß — im Gegensatz zu dem dinglichen Anspruche, wo der Belangte, auch wenn er an einen Nicht-Berechtigten sich des Besitzes entäußert, der Regel nach frei wird — der Schuldner durch Leistung an einen Nicht-Berechtigten dem wahrhaft Berechtigten zu haften nicht aufhört. Der von einem Cessionar belangte Schuldner kann deshalb nicht allein verlangen, daß, damit er überhaupt zahle, der Cessionar seine Berechtigung ihm gegenüber, sondern auch, damit er nicht doppelt zahlen müsse, dieselbe im Verhältniß zum ursprünglichen Gläubiger nachweise; und beide Beweise fallen processualisch nicht ohne Weiteres zusammen. In der Verkennung des Umstandes, daß solchergestalt der Beweis der Sachlegitimation bei Forderungsrechten nach einer doppelten Seite hin zu wirken habe, liegt der Grund der herrschenden Mißlehre.

Wir wollen sehen, wie die Römer in solchen Verhältnissen den Schuldner zu schützen wußten.

§. 16.

Derjenige, welcher als Stellvertreter eines Andern handeln, namentlich im Processe klagend für denselben auftreten wollte, war nach röm. Recht verpflichtet, eine Caution zu stellen [129]), die cautio rem ratam dominum habiturum, oder, wie es früher hieß: amplius eo nomine neminem petiturum. Frei von dieser Caution war ursprünglich nur der cognitor, d. h. derjenige Stellvertreter des älteren Rechts, welcher vom persönlich anwesenden do-

Kurh. Annal. II. S. 722 flg.). Von dieser Bemerkung wird noch später Gebrauch gemacht werden.

129) Die ausführliche Darstellung dieser Lehre s. bei Puchta, Instit. II. §. 156. Bethmann-H., Versuche Abh. 3. Keller, Civ.-Proc. §. 57.

minus vor Gericht durch certa et solennia verba bestellt war. Später wurde auch der unförmlich bestellte procurator von jener Verpflichtung frei gelassen, wenn er procurator praesentis oder apud acta factus, d. h. wenn seine Bestellung durch Gegenwart oder zu den Akten gegebene Erklärung des dominus über jeden Zweifel erhoben war. Das Princip, wonach sich hiernach die Nothwendigkeit der Caution entschied, finden wir in der — wahrscheinlich interpolirten — c. 1. de procurat. (2, 13) dahin ausgesprochen:

> Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit[130];

und dieser Grundsatz wird auch in den Institutionen wiederholt anerkannt[131].

Das Interesse bei dieser Caution bestand zunächst darin, daß dem Verklagten im Fall eines ihn freisprechenden Erkenntnisses der hierdurch erlangte Vortheil gesichert wurde; so daß hier die Caution ein Surrogat für die exc. rei judicatae abgab[132]. Und zwar war dieses Interesse ganz das nämliche, mochte der Procurator lediglich zur Proceßführung oder in rem suam bestellt sein.

Bei einem verurtheilenden Erkenntniß unterlag zwar der Verklagte, wenn der dominus selbst das Judicat verfolgte, keiner Gefahr; machte aber der Procurator auch auf die

---

130) Vergl. auch l. 39 sq. de procur. 3, 3. l. 3 §. 2 ut in poss. leg. 36, 4, l. 6 §. 3 quod cujusc. univers. 3, 4. l. 23 de admin. tut. 26, 7. l. 26 pr. de minor. 4, 4. Vat. Fragm. §. 333

131) §. 3. J. de satisd. 4, 11 (si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratum rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur).

132) Gaj. IV. §. 97. l. 8 pr. l. 22 §. 8. rat. rem hab. 46, 8.

Zahlung Anspruch, so entstand hier weiter die Gefahr, daß der dominus das an den Procurator Gezahlte nochmals beanspruchen könne.

Bei dem procurator in rem suam trat nun stets das Verhältniß ein, daß er nicht nur ein Judicat erwirken, sondern auch die Forderung erheben wollte; es lag hier also doppelter Grund vor, auf Leistung jener Caution zu bestehen; und wir dürfen nicht zweifeln, daß dies auch wirklich geschah. Auch wurde hieran, wie ich überzeugt bin, durch die dem i. r. s. procurator später gestattete utilis actio nichts geändert. Die actio utilis sollte ja nur im Verhältniß zwischen Cessionar und Cedenten die Klagermächtigung aufrecht erhalten, wo diese nach den engen Grundsätzen des Civilrechts hinfällig wurde. Wie hätte man, während man so nach der einen Seite im Sinne der materiellen Gerechtigkeit vorschritt, gleichzeitig dieselbe nach der anderen Seite dadurch hintan setzen mögen, daß man das bereits klar erkannte Bedürfniß des Schuldners nach Schutz wider doppelten Angriff unbefriedigt gelassen [133]?

Worin bestand nun diese vom Procurator (resp. Cessionar) zu leistende cautio de rato? — Sie bestand in einem Stipulationsversprechen, gerichtet auf Ersatz des Interesses, welches der Verklagte bei Genehmhaltung des vom Procurator geführten Processes durch den dominus hatte. Für die Erfüllung dieses Versprechens mußte dann noch eine materielle Sicherheit — satisdatio — durch Bürgen oder Pfand geleistet werden. Wir lassen diese letztere jedoch zunächst bei Seite, um vorerst nur den Inhalt

133) Vergl. Bethmann-H., Versuche S. 154. 208. — Daß wir namentlich die Caution nicht als ein blos formelles Erforderniß der alieno nomine angestellten Klage anzusehen haben, ergiebt unter anderen l. 39 §. 1 de procur. 3, 3.

der vom Procurator durch die Stipulation zu übernehmenden Obligation in's Auge zu fassen.

Erklärte der auftretende Procurator selbst, daß er noch keine Ermächtigung habe, daß er also nur als negotiorum gestor handele: so enthielt die Caution die Zusage, für die nachträgliche Genehmigung von Seiten des dominus einstehen zu wollen; und sie wurde verwirkt, wenn eben der dominus die Genehmigung versagte.

Behauptete dagegen der Procurator, bereits Auftrag zu haben, und wurde er nur deshalb zur Cautionsleistung angehalten, weil er diesen Auftrag nicht sofort liquid zu stellen [135]) vermochte: so konnte, wenn jene Behauptung auf Wahrheit beruhte, der dominus nicht durch nachträgliche Versagung der Genehmigung das Geschehene für sich unverbindlich machen [136]). Es handelte sich also hier zunächst nur um den Beweis der Vollmacht, so daß, wenn dieser Beweis erbracht wurde, die Nicht-Genehmigung, d. h. der blose Versuch, die Forderung nochmals geltend zu machen, bedeutungslos blieb. Hiernach löste in diesem Fall der procurator seine durch die cautio de rato übernommene Verpflichtung, wenn er in Beziehung auf jene Beweisführung die Vertheidigung des Schuldners dem dominus gegenüber übernahm; und erst wenn diese nicht gelang, haftete er für das aus der Nicht-Genehmigung hervorgehende Interesse.

In Fällen dieser letzteren Art — und ein solcher lag immer vor, wenn ein i. r. s. procurator klagte, da dieser sich nur auf eine bereits ertheilte Ermächtigung stützen

---

134) Ich werde mich des Ausdruckes „liquid stellen" durchweg bedienen, um denjenigen unzweifelhaften Beweis der Ermächtigung zu bezeichnen, welcher den Procurator von der Caution befreite.

135) l. 65 i. f. de procur. 3, 3.

konnte — war die vom Procurator zu leistende cautio de rato im Wesentlichen die nämliche, welche wir im röm. Recht überall da, wo die subjective Berechtigung auf ein verfolgtes Forderungsrecht zweifelhaft erscheint, bald unter dem nämlichen Namen, bald als cautio indemnitatis, oder cautio defensum iri angeordnet finden.

So soll, wenn die Tochter abwesend ist, der Vater allein, wenn der Vater wegen Verbannung oder Wahnsinns an der Einklagung nicht Theil nehmen kann, die Tochter allein auf Rückzahlung der dos klagen dürfen, jedoch unter Leistung der cautio de rato [136]). Der Vater, welcher eine zum peculium castrense gehörige Forderung des Sohnes einklagen will, soll nicht anders zugelassen werden, als wenn er de rato cavirt [137]). — Hat derjenige, welcher Geschäfte des Sempronius besorgte, dabei zugleich Geschäfte des Titius geführt, so soll er zwar auch in letzterer Beziehung dem Sempronius haften, jedoch gegen eine von diesem zu leistende cautio indemnitatis [138]). — Derjenige, welcher Unkraut unter den Waizen säet, kann nicht nur vom Eigenthümer, sondern auch vom Pachter (mittelst des int. quod vi aut clam) belangt werden; klagt aber der Pachter, so soll er Caution stellen: amplius non agi, scilicet, ne dominus amplius inquietet [139]). — Ist es zweifelhaft, welcher von zwei (vielleicht gleichnamigen) Personen ein Legat vermacht sei, so kann der Erbe an jede von beiden zahlen, so jedoch: ut ab eo defendatur [140]). — Ist der Deponent verstorben, und nehmen nun von zwei Personen, welche über die Erbschaft streiten, jede das Depositum in

136) l. 2 §. 2 l. 22. §. 4 u. 10. sol. matr. 24, 3.

137) l. 18 §. 5 de castr. pec. 49, 17.

138) l. 3 §. 2 de neg. gest. 3, 5.

139) l. 23 §. 14. ad l. Aquil. 9, 2.

140) l. 8 §. 3 de leg II. Vergl. auch l. 16 ut legat. 36, 3.

Anspruch, so soll der Depositar die Sache an denjenigen herausgeben,

— qui paratus est, adversus alterum reum defendere; — quodsi neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait, non esse cogendum a Praetore judicium suscipere; (portere igitur rem deponi in aede sacra, donec de hereditate judicetur[141]).

Wenn der pater familias die für seine Schwiegertochter empfangene dos dieser letzteren vermacht, so muß, da während der Dauer der Ehe auch der Mann auf die dos Anspruch machen kann[142]), es gleichwohl aber in der Absicht des Testators liegt, daß dieselbe nur einmal geleistet werden solle, sowohl der Mann, als die Frau, wenn sie die dos ausgezahlt verlangen, im Verhältniß zu einander dem Erben cautio defensum iri stellen[143]). — Desgleichen, wenn der Erblasser ein Legat Mehreren vermacht, dergestalt, daß dasselbe von Jedem als correus ganz in Anspruch genommen werden darf. Hier soll der zuerst Auftretende das Legat erhalten, aber cautio defensum iri wider den Anspruch der übrigen leisten[144]). — Da, wo zwei Erbschaftsprätendenten eine Erbschaft von einem dritten Besitzer beanspruchen und der eine bereits obgesiegt hat, stellt der Jurist Neratius die Frage auf, ob an letzteren der Besitzer ohne Weiteres die Erbschaft herauszugeben habe? Obgleich er erwägt, daß dies wohl geschehen könne, da der Besitzer sich in Folge des Judicats ohne dolus des Besitzes entäußere und also dem

---

141) l. 1 §. 37 depos. 16, 3.

142) Vgl. l. 20 §. 2 l. 46 l. 51 pr. fam. herc. 10, 2. l. 1 §. 13 de dote prael. 33, 4.

143) l. 1 §. 9 de dote prael. 33, 4.

144) l. 11 §. 21 de leg. III. (Vgl. auch l. 14 pr. de noxal. act. 9, 4.)

zweiten Kläger gegenüber frei werde, so hält er es doch für besser, daß officio judicio durch eine Caution des Erbschafts-empfängers Vorsorge getroffen werde, indem hierdurch auch dem zweiten Erbprätendenten die Realisirung seines etwaigen Rechtes gesichert werde [145]). Und eine gleiche Entscheidung findet sich für den Fall, daß der Besitzer eines Grundstücks von zwei Eigenthumsprätendenten gleichzeitig in Anspruch genommen wird [146]). — Auch derjenige, welcher deshalb, weil er die Schuld eines Anderen gezahlt, wider diesen einen Regreßanspruch geltend macht, bringt diesen in Gefahr, wenn der Gläubiger die geschehene Zahlung nicht anerkennt, doppelt zahlen zu müssen. Er hat deshalb die processualische Gefahr des Zahlungsnachweises zu tragen, und demnach die Vertheidigung des Schuldners zu übernehmen. So der Bürge, wenn er für den Hauptschuldner Zahlung geleistet, und deshalb von diesem Ersatz begehrt [147]). Ferner der malae fidei possessor einer Erbschaft, welcher die von ihm an Erbschafts-gläubiger geleisteten Zahlungen dem wahren Erben nur dann in Abzug bringen darf, wenn er demselben cautio defensum iri leistet [148]). Ebenso soll auch der Erbe, wenn er die von

145) l. 57 de H. P. 5, 3. — Man muß annehmen, daß es im ältern Recht zweifelhaft war, ob der Verklagte bei actiones in rem durch eine, auch nicht dolose, Entäußerung des Besitzers nach der L. C. der Verurtheilung sich entziehen könne. Vergl. l. 4 §. 2 si cui plus quam per leg. Falc. 35, 3.

146) l. 57 de R. R. V. 6, 1.

147) l. 14 §. 1 jud. solvi. 46, 7. l. 29 §. 6 i. f. mandati 17, 1. (verb.: si paratus est, defendere etc.)

148) l. 31 pr. de H. P. 5, 3. — Der bonae fidei possessor braucht keine Caution zu stellen, weil er, soweit er sich durch Zahlung der Erbschaftsschulden eines Theils der Ebschaft bona fide entäußert, hierfür gar nicht weiter haftet, also auch die Gefahr der Zahlungsnachweisung nicht zu übernehmen braucht. (Vgl. auch l. 17 eod.)

ihm bezahlten Erbschaftsschulden oder Legate dem Fideicommissar abziehen will, diesem cautio defensum iri stellen,
— ne dupliciter fideicommissarius oneretur[149]).

Betrachten wir die Gesammtheit dieser Aussprüche, so überzeugen wir uns, wie die vom Procurator, resp. Cessionar zu leistende cautio de rato nur ein einzelnes Glied derjenigen Reihe von Cautionen bildet, welche überall da, wo die Person des Gläubigers zweifelhaft war, eintreten und den Satz verwirklichen sollte: der Schuldner hat die aus der Zweifelhaftigkeit der Person seines Gläubigers hervorgehende processualische Gefahr nicht zu tragen.

§. 17.

Was ist nun aus jenen Cautionen im heutigen Rechte geworden? Wie insonderheit begründet sich heutzutage — bei Unanwendbarkeit der Stipulation — die jenen Cautionen zu Grunde liegende Obligation? — Man könnte daran denken, hier, wie in anderen Fällen, der Stipulation ein einfaches Versprechen zu surrogiren. In der That dürfen wir aber bei den Stipulationen, welche die Bestimmung hatten, kraft obrigkeitlicher Nöthigung[150]) Rechtsverhältnisse festzustellen, noch einen Schritt weiter gehen; wir dürfen sie suppliren. Ich muß diesen Punkt etwas allgemeiner ausführen.

Es gehört zu den Eigenthümlichkeiten des röm. Rechts, daß der Prätor die ihm zukommende rechtsbildende Thätigkeit — so wie auch der Judex das ihm zustehende freie Ermessen (officium) — nicht dahin ausübte, daß er Rechtsverhältnisse, deren Maß und Ziel der Zukunft anheimfiel, unmittelbar bestimmt

149) l. 16 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1.

150) Vergl. l. 5 de V. O. 45, 1. Tit. J. de divis. stip. 3, 18.

hätte, daß er vielmehr auf Begründung dieser Rechtsverhältnisse durch die Betheiligten selbst hinwirkte. Der röm. Obrigkeit stand nicht die Befugniß zu, gleichsam organisirend in die Rechtsbeziehungen der Parteien einzugreifen; der Prätor konnte nur in gewisser Richtung seine Hülfe gewähren oder versagen; der Judex regelmäßig nur zu einer Geldsumme verurtheilen oder freisprechen. Diese Befugniß aber durften sie anwenden, um auf die Parteien dergestalt einzuwirken, daß diese selbst mittelst scheinbar freiwilliger Einigung ihre Verhältnisse so gestalteten, wie jene es dem materiellen Rechte entsprechend fanden. Die Form dieser Rechtsgestaltung aber war die Stipulation, für welche hierdurch das weite Gebiet der stipulationes praetoriae und judiciales eröffnet wurde.

Mochte auch diese Verfahrungsweise ursprünglich mit der Stellung, welche Magistrat und Richter bei den Römern einnahmen, sowie mit der noch zurückstehenden Entwickelung der, gleichsam der discretionären Gewalt jener Personen anheimfallenden, Grundsätze des materiellen Rechts (aequitas) innig zusammenhängen: genug, wir finden sie auch noch im neueren röm. Rechte, wo das Richteramt bereits eine andere Stellung gewonnen, und jene Grundsätze sich zu festen Rechtsregeln consolidirt hatten. Hier läßt sich also sagen: indem der Prätor eine Partei nöthigte, mit ihrem Gegner eine Stipulation einzugehen, realisirte er eine in den Grundsätzen des prätorischen Rechts begründete Pflicht, sich zu verpflichten. Für uns aber bedarf es dieses formellen Umwegs nicht mehr. Die Grundsätze des prätorischen Rechts dürfen wir als ebenbürtige Theile des heutigen Civilrechts, die Verpflichtung aber, welche aus diesen Grundsätzen mittelbar hervorging, als eine unmittelbare Folge derselben betrachten. Es bedarf nicht mehr der Nöthigung der Parteien, um dasjenige hervorzubringen, was schon das

Gesetz will. Wir dürfen daher überall, wo es die bona fides mit sich bringt, die gedachte Pflicht, sich zu verpflichten, in eine dieser Verpflichtung selbst adäquate Pflicht umsetzen. Jener Keim einer Obligation ist selbst zur Obligation geworden.

Ich will dies durch ein Beispiel erläutern. Dem Usufructuar gegenüber hatte der Eigenthümer nach Civilrecht nur die Rechtsmittel aus dem Eigenthum und die Delictsklagen. Der Prätor aber gewährte ihm einen stärkeren Schutz dadurch, daß er den Usufructuar zu einer cautio, d. h. zu einer durch satisdatio gesicherten Stipulation nöthigte: et usurum se boni viri arbitratu, et, quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit [151]). Schwerlich wird man heutzutage darauf bestehen wollen, daß der Usufructuar ein solches besonderes Versprechen leiste; wir denken bei der cautio usufruct. sofort an materielle Sicherheitsleistung. Ist denn nun aber jene Obligation untergegangen? Ich glaube nicht. Für uns genügt es, daß der Anspruch auf eine solche im prät. Rechte begründet war, um die nämliche Obligation durch die Hingabe der Sache zum Ususfruct ohne Weiteres als entstanden anzunehmen. Im Sinne des heutigen Rechtes muß man sagen: der Nießbraucher ist schon kraft Gesetzes dem Proprietar obligatorisch verpflichtet, die Sache sorglich zu benutzen und demnächst zurückzuerstatten. Der Ususfruct ist so zu einem Realcontract geworden; er steht mit pignus, commodatum etc., und was den Quasi-Ususfruct betrifft, mit dem mutuum auf gleicher Linie [152]).

Indem wir so die Stipulation, zu welcher das Recht

151) l. 1 pr. usufruct. quemadm. cav. 7, 9.

152) Schwieriger construirt sich das Verhältniß da, wo die Verpflichtung zur Caution nur mittelst eines relativen Zwangs realisirt wurde; wie namentlich bei der cautio damni infecti, wo der Zwang

verpflichtet, als geschehen suppliren [153]), handeln wir völlig im Geiste der Fortbildung, welcher das röm. Recht nicht nur im Allgemeinen bei uns unterlegen [154]), sondern welche es auch selbst bereits in einzelnen Fällen dieser Art angebahnt hat. So wurde, wenn die vom Arrogator zu leistende Caution wegen Erstattung des vom Arrogirten eingebrachten Vermögens versäumt worden, oder wenn in der Zeit, wo die begehrte cautio damni infecti dem Prätor zur Entscheidung vorlag, der Schaden bereits eingetreten war, eine utilis actio zur Aushülfe gegeben [155]). Für die beim Quasi-Ususfruct versäumte cautio usufructuaria ließ man als Surrogat eine Condiction zu [156]). Auch wenn an einen Procurator ohne cautio de rato Zahlung geleistet war, trat bei versagter Ratihabition an die Stelle der Stipulationsklage eine gesetzliche

---

nur bis zur Immission in das baufällige Werk reichte. Hier gestaltet sich die heutige Verpflichtung zu einer minder vollkommenen, der bei Noxalklagen analogen.

153) Aehnlich hat der heutige Richter in den Fällen der cautiones judiciales zu verfahren, indem er — was durch die Natur des Judicats dermalen ermöglicht wird — das Rechtsverhältniß so, wie es römisch-rechtlich durch die Parteien mittelst cautio zu gestalten war, unmittelbar durch seinen Ausspruch feststellt. So wird heutzutage bei der Negatorienklage der Verklagte nicht mehr angewiesen, zu versprechen, daß er Störungen unterlassen wolle (cf. l. 7 si serv. vindic. 8, 5.), sondern der Richter erkennt: „daß sich Verklagter der Störungen bei Strafe zu enthalten habe.“ Und wenn man bisher gleiche, das Rechtsverhältniß feststellende Aussprüche in obligatorischen Verhältnissen gescheut hat, so ist dies nichts als ein unüberwundener Romanismus. Man sollte nicht mehr erkennen: „daß Verklagter eine löschungsfähige Quittung zu ertheilen habe,“ sondern: „daß die Schuld getilgt und im Hypothekenbuche zu löschen sei.“ (Vgl. auch Bähr, Anerkennung §. 69.)

154) Die supplirte oder fingirte Stipulation ist ganz ein Analogon der oben (S. 399) erwähnten fingirten Cession.

155) l. 19 §. 1 de adopt. 1, 7. — l. 15 §. 28 de dam. inf. 39, 2.

156) l. 5 §. 1 de usufr. ear. rer. 7, 5.

Condiction[157]). Namentlich aber bietet der Proceß ein reiches Feld dieses Fortschrittes dar. Im älteren röm. Proceß wurden diejenigen Verpflichtungen, welche an das anhängig gemachte Streitverhältniß sich knüpfen, in der Regel durch Stipulationen vermittelt[158]). Schon im Justinianischen Rechte sind diese großentheils hinweggefallen und entsprechende gesetzliche Verbindlichkeiten an deren Stelle getreten. Und selbst die dort[159]) noch beibehaltenen bedürfen heutzutage keines ausdrücklichen Versprechens mehr. Wenn der Verklagte einen Procurator bestellt, so versteht es sich dermalen von selbst, daß er dem wider diesen ergangenen Judicat Folge giebt; er braucht nicht mehr judicatum solvi zu versprechen. In gleicher Weise aber dürfen wir auch die vom Procurator des Klägers zu leistende cautio de rato in ihrem obligatorischen Element als eine schon durch Gesetz eintretende Verpflichtuug ansehen.

Wenn daher Jemand als angeblicher Stellvertreter eines Dritten mir gegenüber handelnd auftritt: so braucht er nach heutigen Rechtsgrundsätzen nicht erst ausdrücklich zu versichern, er wolle mir dafür einstehen, daß er Vollmacht habe; die bona fides bringt es mit sich, da ßer mir von selbst dafür einzustehen hat[160]). Er muß mir das behauptete Mandat wahr machen, und zwar processualisch wahr machen, d. h. nöthigenfalls den Beweis desselben dem Dritten gegenüber erbringen. Vermag er dies nicht, so haftet er mir für mein Interesse[161]).

157) l. 25 §. 1 rat. rem. 46, 7. l. 14 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. — Weitere Fortschritte dieser Art ergeben: l. 9 §. 4. ad exhib. 10, 4 l. 7 §. 4 u. 5 de dote prael. 33, 4.

158) Vergl. Savigny, Syst. VI. §. 258.

159) Cf. tit. J. de satisdat. 4, 11.

160) So wie beim Verkauf das dictum nicht minder verpflichtet, als das promissum.

161) Nur eine Anwendung dieses allgemeinen Satzes ist z. B. die

Diese Grundsätze, auf den Cessionar angewendet, ergeben: der Cessionar hat dem debitor cessus für seine Berechtigung an der Forderung einzustehen, namentlich dafür zu haften, daß nicht der ursprüngliche Gläubiger nochmals die Forderung mit Wirksamkeit einklage; einer etwaigen Klage des letzteren gegenüber aber die Vertheidigung des Schuldners auf seine Gefahr und Kosten zu übernehmen.

§. 18.

Wir wollen nunmehr die praktischen Consequenzen dieses Grundsatzes im Einzelnen verfolgen, wobei wiederum die römische Cautionspflicht zum Anhaltspunkte dienen muß.

Der Cessionar[162]), wenn er — gerichtlich oder außergerichtlich — vom debitor cessus Zahlung in Anspruch

Vorschrift in Art. 95 der allg. D. Wechselordnung. — Auch befriedigt sich, wie mir scheint, auf diese Weise das Bedürfniß, für welches Jhering (S. 280 und 281 dieser Jahrbücher) im r. R. die Befriedigung vermißt, daß nämlich der Gehülfe (Bote 2c.) für eine unrichtige Bestellung 2c. dem Dritten zu haften habe. So weit nämlich der Bote selbstdenkend handelt, — und nur innerhalb dieses Gebiets kann er Versehen begehen — hört er m. E. auf, Bote zu sein; er wird Procurator. Als solcher aber haftet er dem Dritten für das Vorhandensein des Mandats.

162) Ich gebrauche diesen Ausdruck im weiteren Sinne, so daß er Jeden umfaßt, welcher übertragene Rechte an einer Forderung geltend macht. — Ob in diesem Sinne auch derjenige hierher zu rechnen, welcher aus einem in seinem Namen von einem Dritten abgeschlossenen Vertrage Rechte geltend macht, hängt davon ab, wie man sich im Falle einer aus jenem Vertrage von dem Dritten selbst erhobenen Klage in Betreff des Einwands, daß Kläger in fremdem Namen contrahirt, die Beweislast vertheilt denkt. Sagt man: der Verklagte muß beweisen, daß Kläger in fremdem Namen contrahirt, so ist jene Frage zu bejahen. Sagt man umgekehrt: der Kläger muß beweisen, daß er in eigenem Namen gehandelt, so ist jene Frage zu verneinen. (Vergl. unt. §. 20.) Ich möchte das letztere für das richtigere halten.

nimmt, ist verbunden, den Forderungsübergang auf ihn liquid zu stellen, oder, wenn er das nicht vermag, materielle Sicherheit dafür zu leisten, daß der Schuldner nicht nochmals wegen der Schuld in Anspruch genommen werde. Schon bei der Denunciation würde streng genommen der Schuldner diese Sicherheitsleistung insoweit begehren dürfen, als er Gefahr läuft, von dem ursprünglichen Gläubiger belangt und dadurch mit Kosten belastet zu werden. Die Geringfügigkeit dieses Interesses, sowie das Vertrauen, welches im Verkehr herrscht, wird in der Regel dahin führen, daß ein solches Begehren unterbleibt; und dann darf der Schuldner die auch ohne genügende Sicherstellung erfolgte Denunciation keinenfalls ignoriren[163]). Sobald aber der Cessionar reelle Zahlung begehrt, muß er sich bereit finden lassen, jene Sicherheit zu leisten.

Zur Liquidstellung der Cession werden — da Zeugen nur ein unsicheres, relativ wirkendes Beweismittel abgeben, der Eid aber in dieser Beziehung völlig bedeutungslos ist — nur eine die Cession selbst oder ein Anerkenntniß derselben von Seiten des Cedenten[164]) enthaltende Urkunde, und zwar in der Regel nur eine öffentliche Urkunde (einschließlich einer Erklärung ad acta) für geeignet zu halten sein.

---

163) Ich halte es daher für eine völlig genügende Denunciation, wenn z. B. der Cessionar dem Schuldner brieflich mittheilt, daß ihm die Forderung cedirt sei, und daß es dem Schuldner frei stehe, die Cessionsurkunde bei ihm einzusehen; vorausgesetzt, daß der Schuldner hierauf stillschweigt und eine alsbaldige Nachweisung nicht begehrt. — Wo der Schuldner nicht traut, wird er wenigstens wohl thun, sich vom Cessionar darüber, daß er die Forderung in Anspruch nehme, eine Bescheinigung geben zu lassen. Diese Bescheinigung enthält stillschweigend eine cautio defensum iri.

164) Beide Formen sind identisch; auch in der urkundlichen Anerkennung der Cession als bereits geschehen tritt der Wille zu cediren, mithin eine wiederholte Cession zu Tage.

Die öffentliche Urkunde ist ein so stringentes Beweismittel, daß man sie als objectiven Beweis erbringend ansehen darf. Die eventuell zu leistende materielle Sicherheit erfolgt, wenn der Cessionar nicht seine Solvenz genügend nachweisen kann, durch Bürgen oder Pfandbestellung. Eine Form derselben ist es auch, wenn der Cessionar bis zu erfolgter Liquidstellung der Cession, statt Zahlung, die gerichtliche Deposition der Schuld auf seine Kosten geschehen lassen zu wollen erklärt.

Uebrigens wird der Schuldner verlangen dürfen, daß ihm das Cessionsinstrument nicht blos vorgewiesen, sondern im Original oder beglaubigter Abschrift (auf Kosten des Cessionars) eingehändigt werde [165]), resp. daß ihm der Cessionar über seine Haftverbindlichkeit eine glaubhafte Urkunde zustelle. Bis dahin, daß dem Schuldner solchergestalt volle Sicherheit geleistet ist, darf er die Zahlung zurückhalten, oder, wenn er sich dem Cessionar gegenüber davon frei machen will, gerichtlich deponiren [166]).

Fragen wir, wie sich die hier besprochene Pflicht des Cessionars, dem Schuldner die Cession zu garantiren, zu der processualischen Pflicht desselben, die Cession zu beweisen, verhalte: so fällt freilich da, wo der Cessionar die Cession liquid stellt, Garantie und Beweis derselben zusammen. Wo dagegen der Cessionar in Ermangelung objectiven Beweises zu einer materiellen Sicherheitsleistung seine Zuflucht nimmt, da wird er durch solche von dem processualischen Beweise der Cession keineswegs frei [167]). Auch muß dieser Beweis ein vollständiger sein. Nur kann er hierzu Beweismittel jeder Art benutzen; und insofern ist es richtig,

165) Als ein Surrogat dieser Einhändigung läßt sich auch deren Abgabe zu den öffentlichen Hypoth.-Büchern annehmen.

166) Arg. l. 1 §. 37 depos. 16, 3.

167) Arg. l. 2 ut legat. 36, 3.

daß die Cession auch durch Eidesdelation erwiesen werden kann. Diese Verhältnisse, namentlich also den Unterschied zwischen Beweis und Garantie der Cession, hat man sich meistens nicht klar gemacht, wenn man darüber stritt, wie die Cession zu beweisen sei.

Es entsteht die Frage: ist bei einer Klage des Cessionars wider den Schuldner der Mangel geleisteter oder angebotener Garantie der Cession von Amtswegen zu beachten? — Man könnte hieran zweifeln, da das Recht auf jene Garantie nur der aequitas angehört, auch im röm. Recht die Geltendmachnng der mangelnden Legitimation des procurator als exceptio (procuratoria) sich bezeichnet findet [168]. Gleichwohl ist jene Frage zu bejahen. Auch das jus aequum, auch das Recht, welches bei den Römern in der schwächeren Form der exceptio zu Tage trat, ist dermalen ein processualisch vollkommenes Recht, welches nicht erbeten zu werden braucht, sondern, soweit die thatsächlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, von Amtswegen zu berücksichtigen ist. So muß z. B. der Käufer, welcher auf Lieferung der Waare klagt, im heutigen Proceß zugleich die Zahlung oder das Angebot des Preises behaupten, widrigenfalls seine Klage mit Recht nicht zur Verhandlung gelassen wird; obwohl römisch-rechtlich der Einwand unterbliebener Zahlung nur mit exceptioneller Natur der Klage im Wege stand. Ganz gleiche Bewandtniß hat es mit der Darlegung der vom Cessionar dem Schuldner zu leistenden Garantie [169]. Es gehört deren Leistung oder Angebot zum Klaggrund im weiteren Sinne;

---

168) L. 62 de procur. l. 13 rem rat.

169) Man kann hiernach sagen: der Cessionar muß sich ebenso ad causam legitimiren, wie der Anwalt ad processum; durch eine öffentliche Urknnde, auf deren Vorhandensein von Amtswegen zu achten ist.

d. h. nicht zur Begründung des eigentlichen klagend verfolgten Rechts, sondern zur Darlegung der die Klaganstellung bedingenden Verletzung. Diese Darlegung nimmt eine relativ schwächere Bedeutung ein[170]). Solches erweist sich namentlich darin, daß, wenn die Klage einmal zur Verhandlung gekommen ist, ein deshalbiger Mangel auch noch nachträglich beseitigt, also die Leistung oder das Angebot genügender Garantie auch noch im Laufe des Processes nachgeholt werden darf[171]); daß, wenn der Verklagte den Mangel der Garantie nicht rügt, unter Umständen ein Verzicht auf solche angenommen werden kann[172]); und daß selbst, wo eine solche Nachholung oder ein Verzicht nicht vorliegt, in der Regel wegen jenes Mangels nicht eine Zurückweisung der Klage, sondern nur eine von Amtswegen zu erkennende Modification der Verurtheilung (zur „Zahlung gegen Sicherstellung" oder zur „Deposition") geboten sein wird.

Betrachten wir endlich den Fall, daß der Schuldner dem Cessionar, ohne daß dieser genügende Garantie der Cession gewährte, Zahlung geleistet hat. Hier wird zwar die geleistete Zahlung durch diesen Mangel an sich noch nicht zu einem indebitum, welches ohne Weiteres zurückgefordert werden könnte[173]). Gleichwohl muß dieselbe als unter der still-

170) Vergl. ob. Note 128.

171) Arg. l. 9 §. 5 de pignor. act. 13, 7. — Das verspätete Erbringen kann jedoch dahin führen, daß der Kläger die Proceßkosten zu tragen hat.

172) Ein solcher Verzicht wird anzunehmen sein, wenn der Verklagte die Cession ohne Vorbehalt zugesteht; wogegen, wenn er dieselbe leugnet, hierin im Zweifel ein Begehren objectiven Beweises zu finden ist.

173) In einem ähnlichen Falle sagt l. 7 §. 4 de dote prael. (33, 4): Cautionis (defensum iri) praestandae necessitas solutionem mora-

schweigenden Voraussetzung geleistet angesehen werden, daß nicht neben dem Cessionar auch noch der ursprüngliche Gläubiger die Forderung beanspruche; und wenn daher der letztere klagend auftritt[174]), so hört der Cessionar nicht auf, dem Schuldner für die Richtigkeit jener Voraussetzung zu haften, d. h. er muß im Falle des Obsiegs des ursprünglichen Gläubigers das Empfangene nach den Grundsätzen der cond. ob causam datorum zurückzahlen[175]). Er steht in diesem Falle einem Procurator gleich, welchem unter der Voraussetzung stattgehabter Bevollmächtigung oder erfolgender Genehmigung des dominus der Schuldner Zahlung geleistet hat; erweist sich diese Voraussetzung nicht als begründet, so erscheint die Zahlung als ein ob rem datum, welches ohne Weiteres der Zurückforderung (der condictio ob causam datorum) unterliegt[176]).

Diesen Erfolg kann ich selbst in dem Falle nicht für ausgeschlossen erachten, wenn der Schuldner nicht freiwillig, sondern gerichtlich verurtheilt dem Cessionar gezahlt hat. Auch ein solches Judicat vermag die erfolgte Cession nur im Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner, nicht im Verhältniß zwischen Cessionar und Cedenten festzustellen. Da demselben nun auch nicht die Absicht beiwohnen kann, zufolge dieser seiner beschränkten Wirksamkeit den Schuldner zu doppelter Zahlung zu nöthigen, so muß solches ebenfalls

---

tur, non indebitum facit, quod fuit debitum; sed non erit iniquum, heredi subveniri.

174) Eine bloße Bedrohung würde den Schuldner nur zu Sicherungsansprüchen (wie bei drohender Eviction) berechtigen.

175) Cf. Donell. Comm. XV c. 44 §. 22 (— Solutum enim hoc est ob causam, ut liberaretur; quae causa in proposito secuta non est.)

176) L. 14 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. Vgl. Erxleben, Die Condictiones sine causa Abth. II. S. 190 ff.

unter der stillschweigenden Voraussetzung ergangen angesehen werden, daß nicht daneben der erste Gläubiger die Forderung mit Erfolg in Anspruch nehme. Es verhält sich damit in ganz ähnlicher Weise, wie mit dem Judicat, welches Jemanden verurtheilt, dem Eigenthümer für eine abhanden gekommene Sache Ersatz zu leisten. Auch diesem Judicat liegt stillschweigend die Voraussetzung zu Grunde, daß die Sache sich nicht wieder finden werde. Findet der Eigenthümer sie dennoch wieder, so muß er, des Judicats ungeachtet, die Ersatzleistung zurückzahlen [177]).

Vermag nun selbst die, freiwillig oder zufolge Judicats, erfolgte Zahlung an den Cessionar den Schuldner nicht dergestalt zu binden, daß er es, wenn der erste Gläubiger nachträglich die Forderung sich erstritte, bei jener Zahlung belassen müßte: so kann derselbe noch weniger in dieser Richtung durch einen mit dem Cessionar eingegangenen Anerkennungsvertrag (z. B. einen demselben ausgestellten neuen Schuldschein) oder ein noch unvollzogenes Judicat für gebunden erachtet werden. Ja man wird ihm hier mit Rücksicht darauf, daß er sich noch in der günstigeren Lage der Vertheidigung befindet, das Recht nicht absprechen dürfen, ungeachtet jener neuen Verpflichtungsgründe durch Zurückhaltung der Zahlung sich vorgängige Garantie der Cession zu erzwingen [178]). Denn selbst dann, wenn dem Cessionar Stipulation oder Judicat zur Seite stehet, handelt derselbe dolos, wenn er reelle Zahlung begehrt, ohne gleichzeitig den Schuldner sicher stellen zu wollen.

Insofern hat also die Anerkennung des Cessionars durch

177) L. 2. de cond. sine causa. 12, 7.

178) Arg. l. 17 §. 2 de doli exc. 44, 4 u. l. 25 de act. emt. 19, 1. Vgl. dazu Bähr, Anerkennung §. 24 pos. 9 u. 10.

den Schuldner niemals die Bedeutung einer **ächten** Anerkennung, d. h. eines formell bindenden Zugeständnisses [179]),

§. 19.

So viel über die Stellung des Schuldners dem Cessionar gegenüber. Wie aber schützt sich derselbe, wenn nach Denunciation des Cessionars der erste Gläubiger, die Cession bestreitend, wider ihn auftritt?

Hat der Schuldner bereits liquide Beweismittel über die Cession in Händen, so macht sich die Sache von selbst. Hat aber solche der Cessionar bei der Denunciation nicht zu liefern vermocht oder auch der Schuldner darauf nicht bestanden, so darf nun der Schuldner beanspruchen, daß der Cessionar ihm mit zureichenden Beweismitteln zur Seite trete, oder ihm, wenn er sich der Klage des ursprünglichen Gläubigers aussetzen soll, wegen der deshalbigen Kosten Sicherheit leiste. Unterläßt dies der Cessionar, so kann man dem Schuldner nicht zumuthen, auf seine Gefahr und Kosten dem ersten Gläubiger gegenüber den Streit aufzunehmen; er mag diesem zahlen [180]), und an ihn den Cessionar mit seinen Ansprüchen verweisen. Um so mehr darf aber der Schuldner, wenn der erste Gläubiger wirklich Klage erhebt, den angeblichen Cessionar auffordern, ihn mittelst Nachweises der Cession zu vertreten.

Fragen wir nach der rechtlichen Natur dieser Aufforderung: so ist sie nichts anderes als — eine **Litisdenunciation** in dem damit heutzutage verbundenen technischen Sinne.

Die Litisdenunciation scheint mir überhaupt kein posi-

179) Vgl. Bähr a. a. O. S. 179 (welche Darstellung nach dem Obigen einer geringen Modification unterliegt).

180) Er darf zu diesem Zweck die etwa zu Gunsten des Cessionars deponirte Summe zurücknehmen.

tives Institut, sondern ganz aus allgemeinen Grundsätzen hervorgegangen zu sein. Die Entscheidung eines Rechtsstreits wirkt, gleich einem Vertrag, an sich nur zwischen den Parteien. Was beim Vertrage der beiderseitige Willen, das erzeugt bei der res judicata die beiden Theilen gegebene Macht, innerhalb der Formen des Processes auf die Entscheidung einzuwirken, also das gewährte rechtliche Gehör. Es giebt aber Verhältnisse, wo die Entscheidung eines Rechtsstreits ihre materielle Wirksamkeit auch noch auf eine dritte Person fortzupflanzen bestimmt ist, indem eine oder die andere Partei den Verlust, der ihr aus dem Ungrund des von ihr vertheidigten Rechts erwächst, nicht schließlich zu tragen braucht, sondern auf jenen Dritten überwälzen darf. Bliebe nun der Dritte außerhalb des Processes stehen, so würde dadurch der Mißstand erwachsen, daß ihn das Judicat an und für sich (formell) nicht bände, daß vielmehr ihm gegenüber die Proceßpartei den materiellen Inhalt des Judicats von Neuem erkämpfen müßte, und daß, wenn sie hiermit nicht durchlangte, der Verlust des ersten Processes, in Widerspruch mit dem materiellen Recht, auf ihr haften bliebe. Es mußte daher ein Mittel gefunden werden, um der Partei, welche gleichsam nur formelle Trägerin des Rechtsverhältnisses ist, die Gefahr eines Doppelprocesses abzunehmen, d. h. die res judicata des ersten Processes auch dem betheiligten Dritten gegenüber formell wirksam zu machen. Dies geschah, indem man der Proceßpartei gestattete, den Dritten zum Processe heranzuziehen. Die Form dieser Heranziehung ist die Litisdenunciation.

Die litis denunciatio war im classischen Recht eine Einleitungsform des Processes überhaupt. Wahrscheinlich zuerst durch eine „weitgreifende Sitte" eingeführt, dann aber angeblich durch Marc Aurel gesetzlich anerkannt und geregelt,

bestand sie in einer vom Kläger vor Zeugen zu bewirkenden Aufforderung des Verklagten, welche denselben nöthigte, zu bestimmter Zeit in jure zu erscheinen und sich auf die Klage einzulassen[181]). Sie war also die Ladung des Verklagten zum Rechtsstreit, welche nur, dem allgemeinen Charakter des älteren röm. Processes entsprechend, durch einen Privatakt vollzogen wurde. Constantin machte sie zu einer gerichtlichen Ladung, indem er vorschrieb, daß sie zu Protokoll geschehen müsse[182]). Im Justinianischen Rechte ist sie als Vorladungsform des Verklagten verschwunden. Wir finden aber noch einer Denunciation erwähnt als Form der Heranziehung eines Dritten zum Proceß.

Diese hat nun, wie mir scheint, eine jener älteren lit. denunc. gleiche oder wenigstens ähnliche Bedeutung. Sie enthält eine Ladung zum Proceß. Indem die Partei hierdurch dem Dritten Veranlassung giebt, als Vertheidiger ihrer, und mittelbar auch seiner Rechte an dem Processe Theil zu nehmen, indem sie ihm das rechtliche Gehör eröffnet, sichert sie sich dasjenige, was gleichsam die Kehrseite des gestatteten rechtlichen Gehörs ist: die formelle Wirksamkeit des Judicats auch dem Dritten gegenüber. Gilt doch schon in dem Falle die zwischen Anderen ergangene res judicata auch für einen Dritten als bindend:

> cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur[183]);

also für denjenigen, welcher den Austrag eines zunächst ihn angehenden Rechtsverhältnisses durch einen nur secundär Interessirten wissentlich geschehen läßt, während er in der Lage

---

181) Puchta, Inst. II. §. 160 a. E.; §. 184. Keller, Civ.-Pr. §. 48.

182) C. 2. C. Theod. de denunc. 2, 4.

183) L. 63 de re judic. 42, 1. Vgl. Savigny, Syst. VI. S. 476.

ist, durch Intervention sich selbst zum Herrn des Processes zu machen.

Die Litisdenunciation findet daher überall ihre Stelle, wo eine Partei befugt ist, den ihr ungünstigen Ausgang des Processes auf einen Dritten überzuwälzen. So der gutgläubige Käufer, welcher bei Eviction der erkauften Sache den Verlust des entwährten Eigenthums nicht schließlich zu tragen braucht, sondern ihn in Form eines Entschädigungsanspruchs auf seinen Verkäufer überträgt. So ferner der Bürge, welcher, wenn der Hauptschuldner seine Schuld bestreitet oder für erloschen erklärt, den deshalbigen Streit nicht auf seine Gefahr auszutragen braucht, und deshalb, vom Gläubiger belangt, dem Hauptschuldner den Streit verkündigen kann[184]).

Die Ueberwälzung des Verlustes auf den Dritten wird oftmals nur in Form einer Klage möglich sein; und durch Anschauung dieser Fälle ist man zur Aufstellung der Regel gelangt: die Litisdenunciation sei da anwendbar, wo ein Regreßanspruch stattfinde. Diese Regel ist aber zu eng gefaßt. Das Verhältniß ist ganz das nämliche, wenn die Partei an das ihr nachtheilige Judicat die Folge knüpfen darf, daß der Dritte einen ihm außerdem zustehenden Anspruch gegen sie nicht weiter erhebe; wenn sie also auf das Judicat nicht eine Klage, sondern eine Einrede wider den Dritten gründen will. Beides sind nur verschiedene Formen, in welchen die Partei ihren Verlust dem Dritten materiell zuwendet; und in vielen Verhältnissen wird es nur von der zufälligen Sachlage abhängen, ob dies im Weg der Klage oder Einrede zu geschehen habe[185]).

---

184) L. 10 §. 12 i. f. l. 8 §. mand. 17, 1.

185) So will durch die Streitverkündigung im Entwährungsproceß der Käufer, wenn er bereits gezahlt hat, eine Klage, wenn er noch nicht gezahlt hat, eine Einrede sich sichern.

Es ist daher das Recht der Streitverkündigung auch da anzuerkennen, wo es sich um Erwerb einer Einrede wider einen Dritten handelt; also namentlich in den Fällen, wo die Fragen, ob Jemand das, was er schuldig ist, Einem oder dem Andern abzutragen habe, in alternativer Wechselbeziehung stehen. Wenn der Hauptschuldner vom Gläubiger auf eine Schuld belangt wird, wegen deren angeblicher Zahlung auch der Bürge Ersatzansprüche macht, so braucht der Hauptschuldner nicht die Gefahr des Zahlungsbeweises zu tragen; hat der Bürge bei der Zahlung sich nicht die nöthigen Beweismittel gesichert, so mag er dafür büßen. Der Bürge muß daher hier den Hauptschuldner in Beziehung auf den Beweis der Zahlung vertreten; und die Form, in welcher der Hauptschuldner behufs Sicherung seiner Einrede wider die Ersatzklage ihn hierzu auffordert, ist die Litisdenunciation. Ueberhaupt bot diese, wie mir scheint, das Mittel dar, um den — sei es gesetzlich oder kraft geleisteter Caution — zur Defension Verpflichteten in die Lage zu versetzen, seiner Pflicht zu genügen. Ich wüßte wenigstens nicht, wie die Sache anders praktisch habe gemacht werden können [186].

Ein Verhältniß dieser Art besteht nun auch zwischen Cessionar und debitor cessus. Der Schuldner braucht nur einmal zu bezahlen, entweder dem ersten Gläubiger, oder dem Cessionar. Die Gefahr des Streites, wer der Berechtigte sei, hat nicht er, sondern der Cessionar zu tragen. Wenn daher der erste Gläubiger wider ihn Klage erhebt, so

---

186) Cropp (Abhandl. I. Nr. 14.) unterstellt eine Klage auf Uebernahme der defensio. Dem würde ungefähr eine Klage darauf, daß der Verklagte excipire, entsprechen. Der Zwang zur defensio kann nur in dem verwirkten Rechtsnachtheil liegen, welchen der vergeblich zur Vertheidigung Berufene wider sich gelten lassen muß. — Wohl aber giebt es eine Klage auf Feststellung der Pflicht zur defensio.

verkündigt er, um sich außer Gefahr zu setzen, mit Recht dem Cessionar den Streit, und nöthigt ihn dadurch, den Nachweis der Cession auf eigene Gefahr und Kosten zu übernehmen [187]).

Tritt nun der Cessionar im Processe auf, so geht der Streit über die Legitimationsfrage lediglich auf ihn über. Er hat die auf die Cession bezüglichen Beweise zu führen und zu beantworten, die Eide darüber zu- und zurückzuschieben oder anzunehmen und auszuschwören. Der Schuldner würde nur insofern an diesem Streite Theil zu nehmen berechtigt sein, als er etwa die Statthaftigkeit der Cession aus dem Gesichtspunkt eines eignen Interesses bestritte [187]). Im Uebrigen muß er das Ergebniß des Streites zwischen Cessionar und Cedenten wider sich gelten lassen, gerade so wie er den Cessionsvertrag gegen sich gelten lassen muß. Wenn er daher die Forderung selbst zugesteht, so hat er — abgesehen von einem Falle der vor-

---

187) Ein ähnliches Recht der Streitverkündigung scheint mir auch im umgekehrten Fall — bei bestrittener Passiv-Legitimation — begründet. Wenn A. dem M. Geld gegeben mit dem Auftrage, es für ihn an N. als Darlehn auszuzahlen: so hängt die Frage, ob A. sich wegen Rückzahlung an M. oder N. zu halten habe, davon ab, ob M. das Geld wirklich an N. ausgezahlt hat oder nicht. Ist dies zwischen M. und N. bestritten, so braucht nicht A. die Gefahr dieses Streites zu tragen. A. darf daher, jenachdem er zuerst wider M. oder N. klagend auftritt, dem N. oder M. den Streit verkündigen und begehren, daß M. den Beweis der Auszahlung an N. diesem gegenüber erbringe.

188) Z. B. wegen des (ziemlich unpraktischen) Verbots einer cessio in potentiorem. Ein praktischer Fall würde sein, wenn die Staatskasse die Gültigkeit einer Gehaltseinweisung als das gesetzliche Maaß überschreitend bestritte; da solche Verbote juris public. sind. Dadurch, daß der Schuldner dem Cessionar litem denunciirt, wird er nicht gehindert, auf die Seite des Gegners zu treten und die Berechtigung des Litisdenunciaten zu bestreiten.

gedachten Art, wo er ausnahmsweise zur Theilnahme am Legitimationsstreit berechtigt erscheint — bis zum Urtheil ganz aus dem Proceß auszuscheiden. Bestreitet er dagegen die Forderung an sich, so bildet die zwischen Cessionar und Cedenten zu verhandelnde Legitimationsfrage einen Präjudicialpunkt für die Weiterführung des Processes wider ihn.

Bleibt der Cessionar aus, so genügt der Schuldner seinen Verpflichtungen, wenn er den Proceß ohne dolus zu Ende führt. Die Uebernahme zweifelhafter und kostspieliger Vertheidigungsmittel im Interesse des Cessionars steht ihm nicht zuzumuthen [189]).

In einem, wie dem anderen Falle hat aber die Streitverkündigung die Folge, daß durch den Ausspruch, welcher den ersten Gläubiger als berechtigt anerkennt, zugleich die Nicht-Berechtigung des Cessionars festgestellt wird. Hat daher der Schuldner diesem noch nicht gezahlt, so erwirbt er aus dem Judicat eine Einrede wider dessen Klage. Hat er demselben bereits Zahlung geleistet, so knüpft sich für ihn an das Judicat die oben erwähnte Condiction des Gezahlten [190]).

Die Frage endlich, ob der Cessionar durch den Obsieg des ursprünglichen Gläubigers seines Rechtes völlig verlustig gehe, entscheidet sich danach, ob er an dem Streite Theil genommen, oder nicht. Im ersteren Falle hat er eben sein Recht verstritten; im letzteren mag er sich noch immer an den Cedenten halten (vgl. §. 13).

§. 20.

Bisher habe ich stets den einfachsten Fall vor Augen

---

189) arg. l. 8 §. 8 i. f. mand. 17, 1.

190) Auch hier ist also das bei Note 185 gedachte doppelte Verhältniß möglich.

gehabt, daß es sich um eine Concurrenz des ersten Gläubigers und Cessionares handele, und daß die Cession lediglich in facto bestritten sei. Wir haben in diesem Verhältniß die dem Schuldner wider die Gefahr doppelter Zahlung zu Gebote stehenden Schutzmittel — Anspruch auf Caution, Deposition, Litisdenunciation — sämmtlich gegen den Cessionar gerichtet gefunden. Es fragt sich aber, kann der Schuldner diese Schutzmittel nicht auch wider den ersten Gläubiger in Anwendung bringen; kann er gegen dessen Klage nicht einwenden: „es macht noch ein Anderer als angeblicher Cessionar Anspruch auf die Forderung; leiste mir Caution, widrigenfalls ich deponire!" — oder: „ich habe bereits auf Andringen eines angeblichen Cessionars deponirt; halte dich an diesen!" —? Kann er nicht, wenn der Cessionar wider ihn Klage erhebt, auch den ersten Gläubiger durch Streitverkündigung nöthigen, sein Recht an der Forderung zwischenklagend geltend zu machen? — Ich glaube nicht. Der erste Gläubiger hat stets sein ursprüngliches Recht und damit, wie man zu sagen pflegt, fundatam intentionem für sich; er braucht darüber keinen besonderen Beweis zu führen. Vielmehr trifft die Beweislast in Betreff der Sachlegitimation ganz und gar den Cessionar, und diese Beweislast ist es, welche auch im Verhältniß zum Schuldner die gedachten Wirkungen äußert.

Es kann aber auch das umgekehrte Verhältniß eintreten dadurch, daß die Cession ihrer äußeren Erscheinung nach nicht bestritten, aber von dem ursprünglichen Gläubiger als ungültig oder unwirksam (z. B. wegen Simulation, verbotener Schenkung, wegen Tilgung der Schuld, für welche die Forderung verpfändet worden 2c.) angefochten wird. Hier dreht sich die Beweislast und damit auch das oben gedachte

Verhältniß um. Der Cessionar hat fundatam intentionem für sich; der Cedent muß, wenn er Zahlung in Anspruch nimmt, dem Schuldner denunciiren, ihm Caution leisten oder die Deposition wider sich geschehen lassen, auch nöthigenfalls seine Einrede im Processe des Cessionars wider den Schuldner vertreten.

Endlich kann es auch kommen, daß nicht thatsächliche Verhältnisse, sondern lediglich Rechtsfragen bestritten sind, welche über den vom Cessionar behaupteten Uebergang der Forderung entscheiden. In diesem Falle kann von einer diesen oder jenen Theil treffenden Beweislast nicht die Rede sein; beide Theile haben vielmehr unter der Unsicherheit des auf ihr Verhältniß anzuwendenden Rechts zu leiden. Der Schuldner wird daher seine Ansprüche auf Sicherung nach jeder Seite hin wenden dürfen; wider den Cessionar, weil dieser schon an sich sein Recht an der Forderung als ein unzweifelhaftes darzulegen verflichtet ist; aber auch wider den ersten Gläubiger, weil dieser die Forderung in eine Lage hat kommen lassen, wonach an ihn nicht mehr mit Sicherheit gezahlt werden kann.

Verlassen wir nun den Fall, wo Cessionar und ursprünglicher Gläubiger concurriren, und betrachten den anderen, wo verschiedene Cessionare als Forderungsprätendenten auftreten, so combinirt sich hier das Verhältniß. Zunächst kann der Schuldner von jedem derselben Sicherung der Cession dem ursprunglichen Gläubiger gegenüber begehren. Zugleich aber tritt die Frage nach dem Vorzug eines oder des anderen Cessionars hervor. Auch in dieser Beziehung können Thatsachen (z. B. die Zeit der Cessionen) bestritten, es können aber auch die anzuwendenden Rechtssätze (z. B. das von einem der Cessionare behauptete Pfandprivileg) zweifelhaft sein.

Sind die für die Existenz oder den Vorzug der Cession maßgebenden Thatsachen nur auf Seiten eines der Cessionare bestritten, bei dem andern aber feststehend [191]): so hat dieser letztere fundatam intentionem, und der Anspruch des Schuldners auf Sicherung muß sich wider denjenigen richten, welcher auf ungewisse Thatsachen sein Recht gründet. Stützen beide ihr Recht auf ungewisse Thatsachen [192]): so richtet sich der Anspruch des Schuldners auf Sicherung wider beide. Dies letztere tritt auch ein, sobald der Vorzug eines der Prätendenten von einer zweifelhaften Rechtsfrage abhängt. Und zwar wird dieser Zweifel objectiv zu bemessen sein, so daß z. B. in einem Lande, wo die in §. 12 erörterte Streitfrage über den Vorzug der ersten Cession oder der ersten Denunciation nicht bereits gesetzlich oder doctrinell erledigt ist, bei einem Falle der gedachten Art ein begründeter Rechtszweifel selbst von einem Richter anzuerkennen sein würde, welcher für seine Person darüber gar nicht zweifelhaft ist.

Es veranlaßt mich dies noch zu der allgemeinen Bemerkung, wie diese ganze Lehre in ihrer praktischen Handhabung nicht frei, ich möchte sagen nicht menschlich genug genommen werden kann. Die Cessionslehre ist ja überhaupt dem jus strictum fremd, sie steht überall unter der Herrschaft ihrer Erzeugerin, der aequitas. Deshalb hat sich in ihr besonders der praktische Sinn durch Gestaltung des Rechts unter Berücksichtigung des concreten Falles zu bewähren;

---

191) Z. B. beide Cessionare bringen beglaubigte Cessionsurkunden; die des einen ist zwar von früherer Datirung, aber späterer Beglaubigung, als die des anderen, und dieser behauptet, daß die Urkunde des Gegners antedatirt sei.

192) Z. B. sie bringen beide nur Privaturkunden über die Cession bei, die zwar als ächt anerkannt, aber gegenseitig in Betreff der Zeit ihrer Ausstellung bestritten werden.

und nichts würde nachtheiliger wirken, als eine steife Handhabung fixirter Rechtssätze. Die obigen Detailerörterungen sollen daher auch nicht die Verhältnisse erschöpfen, sondern nur als Fingerzeige dienen. Und man wird nicht fehlen, wenn man nur immer mit verständiger Maßhaltung von dem einen Grundgedanken aus operirt: die Uebertragbarkeit der Forderung darf dem Schuldner nicht zum Nachtheil gereichen, und ein solcher liegt auch in der Gefahr doppelter Zahlung.

Auch noch eine andere allgemeine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. M. E. hat der Schuldner den nämlichen Anspruch auf Schutz auch in allen anderen Verhältnissen, wo ohne sein Verschulden die Person seines Gläubigers zweifelhaft ist. Ich will hier nur ein Verhältniß dieser Art hervorheben. Bekanntlich ist es bestritten, ob derjenige, welcher als Intestaterbe des ursprünglichen Gläubigers eine Erbschaftsschuld einklagt, zur Nachweisung seiner Berechtigung lediglich sein eigenes Verwandtschaftsverhältniß, oder auch das Nichtvorhandensein anderer, ihn ganz oder theilweise ausschließender Verwandten darzulegen habe. Gewöhnlich nimmt man ersteres an, so daß es dem Verklagten überlassen bleibt, das Vorhandensein anderer Berechtigten einredeweise darzuthun. Ich halte das auch für richtig, insofern es sich um die Frage handelt, ob der Kläger gänzlich zurückzuweisen sei oder nicht. Ich halte es aber für ein grobes Unrecht, wenn man in Anwendung jenes Grundsatzes vom Schuldner verlangt, daß er, wenn er das Vorhandensein anderer Berechtigter nicht beweisen kann, an den Kläger unbedingt zahlen, und, wenn nun dennoch ein Näher-Berechtigter vorhanden ist und wider ihn auftritt, an diesen noch einmal zahlen solle. Auch hier wird Gerechtigkeit nur geübt, wenn man sagt: der Schuldner kann zwar die

Zurückweisung des Klägers nur erlangen, wenn er das Vorhandensein Näher=Berechtigter positiv darthut; aber er braucht nur gegen Sicherheitsleistung zu zahlen, wenn nicht der Kläger seinerseits das Nichtvorhandensein solcher Näher=Berechtigten [193]) nachweist. Ich beziehe mich für diese Annahme auf die oben nachgewiesene Gesammtanschauung des röm. Rechts.

§. 21.

Ist nun das Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner überhaupt nicht dazu bestimmt, die Cessionsfrage zum endgültigen Austrag zu bringen, so müssen Formen gegeben sein, in welchen diese Frage nach der andern, für sie in der That maßgebenden Seite hin, zwischen den concurrirenden Forderungsprätendenten unter einander, ausgetragen werden kann. Einzelne Formen dieser Art haben wir schon kennen gelernt in dem Auftreten des einen Prätendenten im Processe des anderen als Litisdenunciat des verklagten Schuldners (§. 19), so wie in der Klage, welche dem Berechtigten auf Erstattung der von einem Nicht=Berechtigten bereits erhobenen Forderung zusteht (§. 13). Aber diese For=

---

193) Ob zu diesen Näher=Berechtigten, für deren Nichtexistenz der auftretende Intestaterbe zu caviren habe, auch ein bis dahin unbekannter Testamentserbe zu rechnen sei, hängt davon ab, wie man sich die Stellung dieses Testamentserben zum Schuldner denkt. Jene Frage ist zu bejahen, wenn man dem Testamentserben das Recht giebt, von dem Schuldner, auch wenn dieser bereits bona fide an den Intestaterben bezahlt, nochmals Zahlung zu verlangen. Sie ist zu verneinen, wenn man — wofür sich Vieles sagen läßt — den Testamentserben einem Cessionar analog betrachtet, und deshalb, wenn der Schuldner bona fide an den Intestaterben gezahlt hat, den Testamentserben mit seinen Ansprüchen lediglich an den letzteren verweist.

men erschöpfen das Bedürfniß nicht. Es ist möglich, daß der concurrirende Prätendent, nachdem er durch seine Denunciation den Schuldner genöthigt hat, sein Recht zu respektiren, die Forderung weder einklagt, noch erhebt. Ja der ursprüngliche Gläubiger braucht nicht einmal, um diese Sachlage herbeizuführen, eine positive Handlung (wie die Denunciation) vorzunehmen; sein Recht wiegt schon an und für sich so schwer, daß es dem Cessionar, so lange dieser nicht liquide Beweismittel über die Cession in Händen hat, unmöglich ist, die Forderung in anderer Weise, als gegen Caution oder in der Form der Deposition zu erheben. Welche Mittel besitzt nun der Cessionar, um sich dieser sein Recht belastenden Beschränkungen zu entledigen? Wie macht er sich von der Caution frei? Wie erlangt er die Summe aus dem Depositum?

Es bedarf hierzu — insofern nicht der andere Forderungsconcurrent durch eine in unzweifelhafter Form abgegebene Erklärung dem Anspruch freiwillig genügt — einer wider diesen zu erhebenden Klage; und wir wollen sehen, aus welchen Gesichtspunkten dieselbe sich construiren läßt.

Dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber halte ich nun eine solche Klage schon als eine obligatorische, in Folge der von ihm bewirkten oder als bewirkt anzusehenden [194]) Cession, für begründet. Da der Cessionar zur vollen Ausübung des ihm durch die Cession übertragenen Rechtes nur mittelst eines liquiden Cessionsinstruments gelangen kann, so ist der Cedent ihm auch zur Ausstellung eines solchen verpflichtet. Er ist

194) Ich glaube, daß auch in denjenigen Fällen, wo schon ein gesetzlicher Uebergang einer Forderung stattfindet, der Quasi-Cessionar auf eine ausdrückliche Einräumung der Forderung (Anerkennung des Forderungsübergangs) Anspruch machen kann.

dazu verpflichtet, eben so wie der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Schlüssel des verkauften Hauses zu überliefern und die Urkunden offen zu legen, welche die Grenzen des verkauften Grundstücks aufweisen [195]); er ist verpflichtet kraft der bona fides des der Cession zu Grunde liegenden Vertrags. Wer etwas will, muß auch die Mittel dazu wollen, an deren Hinterhaltung er kein Interesse hat; sonst handelt er dolos. „Der dolus besteht hier nicht darin, daß der Cedent für sich einen unredlichen Gewinn sucht, sondern schon darin, daß er sich weigert, den Anspruch des Cessionars gegen einen Dritten (den Schuldner) durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet. Es liegt darin ein Mißbrauch des strengen, buchstäblichen Rechts, mit Verweigerung der unbestreitbaren Billigkeit, die der Cedent ohne irgend ein Opfer zu fördern die Macht hat" [196]). — Von selbst versteht es sich übrigens, daß die Kosten des Cessionsinstruments der Cessionar tragen muß, wenn nicht ein besonderer Grund für das Gegentheil vorliegt.

Als Versuch, eine die Cession liquid stellende Erklärung des Cedenten zu erlangen, kann der Cessionar auch den Weg einschlagen, daß er den Cedenten im Processe wider den Schuldner als Zeugen benennt. Es liegt kein Grund vor, gerichtsseitig dieser Benennung Folge zu versagen. Allerdings ist der Cedent in Betreff der Frage, ob er cedirt habe, kein unbetheiligter Dritter; dieselbe ist vielmehr eigentlich gegen ihn selbst gerichtet, was dahin führen muß, daß er nur, wenn er will, und stets unbeeidigt darüber vernommen wird. Seine unbeeidigte vor Gericht abgegebene Erklärung, daß er cedirt habe, genügt aber auch, um die Ces-

---

195) l. 17 pr. l. 48 l. 52 pr. de act. emt. vend.

196) Vergl. Savigny, Oblig.-Recht I. S. 242 Note 9.

sion nicht allein als bewiesen, sondern auch als garantirt anzunehmen [197]). Die in einer solchen Erklärung liegende Genehmigung der Einklagung wirkt einer von Anfang an ertheilten Ermächtiguug gleich; und selbst in Betreff der Proceßkosten wird es auf den Beweis einer der Klage vorausgegangenen Cession deshalb nicht weiter ankommen, weil die wegen Mangels alsbaldiger Liquidstellung der Cession entstandenen Kosten ohnehin dem Cessionar zur Last zu setzen sind.

Aber die obligatorische Klage des Cessionars reicht nicht überall aus. Sie reicht namentlich in dem Fall nicht aus, wo es sich um die Concurrenz mit einem anderen Cessionar handelt, da von einer obligatorischen Verpflichtung der Cessionare unter einander nicht die Rede sein kann. Hier scheint es mir gerechtfertigt, eine Klage zuzulassen, welche nur aus dem unmittelbaren Recht, dem „Eigenthum" an der Forderung abgeleitet werden kann, und zwar wider Jeden, welcher die Ausübung dieses Rechts durch seinen dem Schuldner gegenüber eingelegten Widerspruch faktisch hindert.

Mit unabweislicher Nothwendigkeit gelangt man zu dieser Klage, sobald man ein Recht des Schuldners, wegen Zweifelhaftigkeit der concurrirenden Ansprüche zu deponiren, anerkennt. Denn diese Deposition kann ja nur den Sinn haben, daß dadurch der Schuldner der Klage derjenigen, mit Beziehung auf deren streitige Rechte er deponirt hat [198]),

---

197) Vergl. Seuffert, Archiv rc. I. N. 336.

198) Der Schuldner kann nicht etwa, um sich außer Streit zu setzen, mit Beziehung auf eine im Allgemeinen behauptete Ungewißheit des Gläubigers deponiren, sondern er muß bestimmte Personen bezeichnen, mit Beziehung auf deren streitige Berechtigung er deponirt. Nur an eine der so bezeichneten Personen darf das Gericht das Depositum auszahlen, entweder auf erklärte Zustimmung der übrigen, oder auf Grund eines zwischen ihnen ergangenen Judicats. Allen

enthoben werden soll. Es bleibt also consequent nichts anderes übrig, als diesen den Rechtsweg unter einander zu eröffnen. Jeder der Concurrenten befindet sich gewissermaßen im Besitz des Gezahlten; das Depositum wird ja eventuell für ihn aufbewahrt. Andererseits hindert jeder den andern durch seinen Widerspruch an der reellen Ausübung dieses Besitzes; er stört dadurch das Recht, welches derselbe an der Forderung zu haben behauptet. Jeder ist deshalb der Klage des andern unterworfen, welche den Zweck hat, jenes Hinderniß durch Richterspruch zu beseitigen. Der Fall ist ganz gleichartig mit dem, wo eine streitige Erbschaft sequestrirt und damit jeder der Erbprätendenten in die Lage gebracht wird, mittelst der hered. petitio wider den anderen aufzutreten [199]).

Von Betrachtung dieses Falles aus kann man aber füglich noch einen Schritt weiter gehen. Wenn der Schuldner die Schuld nicht bestreitet und sicher ist, wozu dann noch den für die Erhebung der Forderung allein maßgebenden Streit zwischen den Forderungsconcurrenten an eine vorgän-

---

nicht bezeichneten Personen wird durch die Deposition nicht präjudicirt; sie können nach wie vor gegen den Schuldner auftreten. — Allerdings hat der Schuldner auch bei völliger Unbekanntschaft des Gläubigers (z. B. unbekannten Erben gegenüber) das Recht zu deponiren, wodurch namentlich seine Pflicht zur Verzinsung sistirt wird (l. 18 §. 1 de usur. 22, 1). Aber hier hört der Schuldner nicht auf, in Betreff der Frage, wer aus dem Depositum zu befriedigen sei, zu Recht zu stehen, da das Gericht diese Frage nicht für sich entscheiden kann. Die Deposition einer Schuld hat hiernach eine ganz verschiedene Natur, je nachdem sie wegen Unbekanntschaft des Gläubigers im Allgemeinen, oder wegen Streitigkeit der Forderung zwischen bestimmten Personen erfolgt.

199) Strippelmann, Entscheidungen des OAG. zu Cassel I. S. 197. Kurh. Zeitschr. für Recht u. Gesetzg. I. S. 233.

gige Deposition[200]) der Schuld knüpfen? Was steht entgegen, daß die Concurrenten den Streit, der unter ihnen besteht, eben so selbständig austragen, als ob der Schuldner wirklich deponirt hätte? — gerade so, wie ja auch im Prioritätsverfahren eines Concurses die verschiedenen Gläubiger den Streit über ihre vorzüglichere Berechtigung an der Concursmasse direkt wider einander ausfechten! Jeder der Concurrenten erscheint eben so interessirt als berechtigt, den Widerspruch des andern, welcher ihn an der freien Erhebung der Forderung hindert, zu beseitigen; und da dies beim Mangel gütlicher Einigung nur durch Richterspruch geschehen kann, so darf ihnen die Befugniß, einen solchen zu erwirken, nicht versagt werden.

Fragen wir nach der Natur dieser, zwischen den Forderungsprätendenten über die Sachlegitimation zu verhandelnden Klage, so ist dieselbe keine obligatorische, sondern eine quasi-dingliche. Mittelst derselben wird das subjective Recht an der Forderung (S. 401) zur Geltung gebracht. Freilich kann die Verletzung dieses Rechts, nicht wie beim Sacheneigenthume, in Entziehung oder Störung des Besitzes bestehen; die Verletzung tritt hier in anderen Erscheinungen auf.

Eine solche liegt vor Allem darin, wenn der eine Forderungsprätendent bereits klagend wider den Schuldner aufgetreten ist. Hier wird sich die Klage des anderen Prätendenten am besten zu einer Zwischenklage gestalten, wodurch derselbe freiwillig in diejenige Rolle eintritt, zu welcher ihn auch, wie oben gezeigt, der verklagte Schuldner mittelst Streitverkündigung heranziehen kann. In dieser Zwischen-

200) Die Betheiligten werden diese oft schon wegen der damit verbundenen Kosten scheuen.

klage versteckt sich aber die wahre Natur des verfolgten Klagrechts einigermaßen dadurch, daß dieselbe in ihrer gleichzeitigen Richtung wider den Schuldner zugleich die Natur der persönlichen Schuldklage annimmt; obgleich auf dieser letzteren Richtung die Praxis nicht einmal besteht.

Es liegt aber kein Grund vor, jenes Klagrecht auf den Fall einer bereits wider den Schuldner erhobenen Klage zu beschränken, und an die Form einer Zwischenklage zu binden. Es muß dafür genügen, wenn der eine Forderungsconcurrent den andern überhaupt durch positive Schritte, namentlich also durch Denunciation bei dem Schuldner, an der freien Erhebung der Forderung hindert. Hier würde dann jenes Klagrecht in ganz reiner Gestalt auftreten.

Die Gestattung einer solchen unmittelbar zwischen den Forderungsprätendenten zu erledigenden Klage — man kann sie eine quasi-negatorische Klage in Beziehung auf Forderungen nennen — ist gewissermaßen die äußerste Sublimirung des entwickelten Cessionsbegriffs, angewendet für das Recht des Schuldners, von dem Cessionsstreit frei zu bleiben.

Was die processualische Formulirung dieser, so wie auch der zwischen Cessionar und Cedenten begründeten obligatorischen Klage anbelangt: so könnte man daran denken, die Klagbitte, sowie die Verurtheilung auf das nämliche zu richten, wodurch der Verklagte den Klaganspruch erledigen würde, nämlich auf eine urkundliche Anerkennung der klägerischen Sachlegitimation. Dieser Form bedarf es aber nicht mehr, weil das Judicat dieselbe zu ersetzen vermag. Das Urtheil kann sich darauf beschränken, das Recht oder Nichtrecht des Klägers an der Forderung auszusprechen; hierdurch allein schon wird der Kläger oder der Verklagte in Verhältniß zu einander zur Erhebung der Forderung legitimirt. Jene Klagen

sind daher zu denen zu rechnen, welche die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben[201]).

§. 22.

Werfen wir schließlich einen Blick auf die Anschauungen der Gerichte in dieser Lehre, so treffen wir hier auf denjenigen Zustand, dem wir fast überall begegnen, wo die Praxis von der Theorie verlassen ihre Wege suchen muß. Einzelne Erscheinungen weisen auf die stillwaltende Triebkraft des Wahren hin; aber sie vermögen nicht zu einem Ganzen sich zu verbinden und wahre Lebenskraft zu entfalten. Auch pflegen dieselben nicht leicht zu einem festen Besitzstand zu gelangen. Ein Theil der Praktiker kämpft immer wieder vom Standpunkt der Theorie aus dagegen an; ein anderer hält an dem Errungenen krampfhaft fest, äußerlich deshalb, „weil es nun einmal Praxis sei;" innerlich aber zugleich des Werthes desselben sich mehr oder minder klar bewußt. Je nachdem nun, verschieden nach Zeit und Ort, diese praktische oder jene theoretisirende Tendenz vorherrscht, macht sich auch in jenen Erscheinnngen ein Vor- oder Rückschreiten bemerkbar. Ja es kommt vor, daß einzelne bereits in's Leben getretene Rechtsanschauungen an der Ungunst der Theorie wieder gänzlich verkümmern.

Ich will versuchen, die Erscheinungen, in welchen die Grundgedanken der hier vertretenen Lehre namentlich in der Praxis der Kurhessischen Gerichte zu Tage getreten sind, zusammenzustellen.

Dahin rechne ich zunächst den Satz, „daß zur Ent-

201) Vergl. oben Note 153. — Ich freue mich, zu den Vertretern der Anerkennungs- oder Feststellungsklagen nunmehr auch Arndts rechnen zu dürfen. Vgl. Krit. Umschau IV. S. 247.

stehung" (richtiger: zur Sicherung) „des Obligationsverhältnisses zwischen Cessionar und Schuldner nicht eine jede zufällige Kunde von der Cession genüge, sondern die Natur der Sache und der Zweck der vorgeschriebenen Bekanntmachung erfordern, daß dieselbe glaubwürdig und bestimmt und auf solche Weise geschehe, welche dem Schuldner die Ueberzeugung von der Cession gewährt, und ihn in den Stand setzt, mit Sicherheit an den Cessionar zahlen zu können [202])." Hier ist ein richtiger Gedanke unvollkommen zu Tage getreten; denn jener Satz besagt theils zu viel, theils zu wenig. Zu viel, insofern man daraus folgern könnte, der Schuldner dürfe eine nicht sofort mit allen Beweismitteln unterstützte Denunciation ignoriren [203]) (vergl. S. 463); zu wenig, insofern er für die Zahlungspflicht des Schuldners nur dessen subjektive Ueberzeugung von der Cession, nicht eine objektive Gewißheit derselben zu verlangen scheint. Dabei ist denn auch die rechtliche Zulässigkeit eines Ersatzes dieser objectiven Gewißheit durch Cautionsleistung außer Acht gelassen.

Der älteren Praxis war sodann auch die Berechtigung des Schuldners zur Deposition wegen Streitigkeit der Forderung nicht fremd. Ich kann dafür folgenden, noch im Jahr 1829 vom OAGericht zu Cassel entschiedenen Rechtsfall [204]) anführen.

Die Wittwe v. M. hatte im Jahr 1776 ein Capital ausgeliehen, und es war dem Schuldner bekannt gemacht, daß die Schuldverschreibung zur Einlage einer Caution dienen solle und deshalb deponirt sei.

---

202) Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 16. Seuffert, Archiv XI. Nr. 32.

203) Aus diesem Gesichtspunkte darf man auch wohl den Widerspruch des Ob.-Trib. zu Stuttgart wider jenen Satz (Seuffert, Arch. III. Nr. 156) erhoben betrachten.

204) v. Egloffstein c. Eichenberg.

Da der Schuldner im J. 1827 das Capital abtragen wollte, so bat er beim OGericht zu C., mit Rücksicht auf die Ungewißheit, ob die Caution erledigt sei, so wie wegen Unbekanntschaft der Erben der ursprünglichen Gläubigerin, ihm nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung die Deposition der Schuld unter Rücknahme der Obligation aus dem Depositum zu gestatten. Das OGericht ging hierauf ein, und lud durch Edictalen die Rechtsnachfolger der v. M. vor, „in dem zur Deposition bestimmten Termine zu erscheinen und nach beschaffter vollständiger Legitimation ihre Rechte so gewiß zu wahren, als sonst die Hinterlegung des Kapitals und die Aushändigung der Schuldverschreibung verfügt werden solle." In dem Termine erschienen nun zwei Prätendenten, v. C. und v. M., von denen jeder seine Rechtsnachfolge darzulegen suchte und unter Widerspruch wider die Deposition um Auszahlung des Capitals bat. Das OGericht gestattete jedoch die Deposition „unter Ausschließung aller nicht erschienenen Berechtigten[205]) und unter Verweisung der gegenseitigen Ansprüche der Imploraten (v. C. und v. M.) zur besonderen Ausführung." Hiergegen appellirte v. C. dem Schuldner gegenüber. Das OAGericht wies jedoch die Berufung als ungegründet zurück:

„in Ewägung,

daß die Edictalladung eine Bekanntmachung der Absicht des Schuldners, das Capital abzutragen, welche einer Loskündigung gleich zu achten, wirklich enthält, die Form aber, worin solche geschehen, dadurch vollkommen gerechtfertigt wird, daß das Capital auf den Appellanten erst mittelst mehrerer testamentarischer Erbfälle, Vergleiche und Cessionen übergegangen sein soll, und daß dem Appellaten diese Vorgänge bekannt oder er zu deren Beurtheilung im Stande gewesen, nicht angenommen werden kann;

daß sodann, wenn auch Appellant im Stande sein sollte, die Erledigung der Caution nachzuweisen, doch der zwischen ihm und dem v. M. über die Berechtigung zu dem fraglichen Kapitale obwaltende Streit allein schon den Antrag auf Gestattung der Deposition begrün-

205) Diese Ausschließung hat allerdings Bedenken gegen sich. Die ganze Angelegenheit konnte nicht wohl als der streitigen, sondern nur als der freiwilligen Rechtspflege angehörig behandelt werden, mit alleinigem Ausschluß des Verhältnisses der wirklich auftretenden Forderungsprätendenten. Im Sinne des freiwilligen Verfahrens war aber die Edictalladung gerechtfertigt, weil sie dazu diente, die bona fides des Schuldners bei der Deposition zu belegen.

det, wobei es darauf, aus welchen Gründen Appellat die Legitimation des Appellanten in Zweifel gezogen, gar nicht mehr ankommt, sondern, bei dem Nichterscheinen anderer Prätendenten, das Recht zur Beziehung des zu deponirenden Capitals lediglich zwischen dem Appellanten und v. M. im gewöhnlichen Proceßweg ausgemacht werden muß."

Auf diese vom Referenten beantragte Entscheidung hatte sich der Correferent um so mehr einverstanden erklärt, „da man dem Appellaten unmöglich zumuthen könne, bei dem Streite unter den Coimploraten eine thätige Rolle zu spielen [206])."

Das waren noch die Praktiker alten Schlages, welche so entschieden! Seitdem ist man gelehrter, aber nicht praktischer geworden. Und darüber ist denn auch die Anschauung von der Befugniß des Schuldners, durch Deposition dem Streit der Forderungsconcurrenten zu entgehen, fast ganz verloren gegangen [207]).

Dagegen hat sich eine Anschauung bis auf die neueste Zeit erhalten, welche mit der Annahme, daß die Obligation auch rücksichtlich der Legitimationsfrage ein lediglich zwischen Gläubiger und Schuldner auszumachendes Verhältniß sei, völlig unvereinbar ist. Die Praxis gestattet nämlich auch bei Obligationsklagen dem concurrirenden Forderungsprätendenten eine auf Zurückweisung des aufgetretenen Gläubigers gerichtete Zwischenklage [208]). Wie weit man hierin gegangen ist, kann folgendes Beispiel aus neuerer Zeit (1849) belegen.

---

206) Dagegen besagte der OGBescheid: „daß, so lange die Deposition nicht erfolgt sei, über die Legitimationsfrage der aufgetretenen Prätendenten nur bei einer eingeleiteten Schuldklage mit dem angeblichen Schuldner würde verhandelt werden können" — ein Ausläufer der modernen Theorie.

207) Jedoch ersehe ich, daß auswärtige Gerichte jetzt wieder darauf erkannt haben. Vergl. Seuffert, Archiv X No. 35 (auch N. 6 u. 81).

208) Fälle dieser Art sind abgedruckt bei Pfeiffer, Prakt. Ausführ. VIII. S. 668 u. 674. — Die dort untersuchte Frage, unter welche Rubrik von Intervention man diese Art der Zwischenklage zu

In dem oben, Note 6, angeführten Rechtsstreit war die erste Intervention des Staatsanwalts angebrachtermaßen abgewiesen, und hiernächst die Gemeinde N. den K.schen Erben verurtheilt, so daß die Sache in der Executionsinstanz lag. Da trat der Staatsanwalt von neuem mit einer besser begründeten Zwischenklage auf, und bat: „unter Beseitigung des die Verklagte verurtheilenden Bescheids die Klage abzuweisen.“ In den beiden ersten Instanzen ward diese Zwischenklage mit Bezugnahme auf die bereits zwischen den Hauptparteien entschiedene Sache zurückgewiesen. Das OAGericht dagegen erkannte reformatorisch:

„In Erwägung,
daß die Zulässigkeit einer Intervention in Fällen der vorliegenden Art, wo der Kläger eine Forderung eingeklagt hat, ein Dritter aber aus demselben Schuldverhältniß einen Anspruch für sich herleitet und mit Ausschließung des Klägers seine Rechte an der Forderung geltend machen will, im Allgemeinen nicht zu bezweifeln steht[209]);

daß auch die dermalige Lage des Rechtsstreits, insonderheit der Umstand, daß inzwischen ein die Verklagte verurtheilendes Erkenntniß ergangen ist, die Zulassung der Intervention, welche sich ihrer ganzen Tendenz nach als Principal-Intervention darstellt, nicht entgegen steht,

da sowohl gemeinrechtlich, als nach der Bestimmung der Hanauer UGOrdnung eine solche Intervention bis zur Vollstreckung des Urtheils eingebracht werden darf;

daß die Intervention auch im Uebrigen als zur Einleitung weiterer Verhandlungen geeignet erscheint, und namentlich der Mangel eines Antrags auf Zuerkennung der Forderung und Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung durch die angeführte Behauptung, daß

---

stellen habe, gehört dem leidigen Standpunkte an, welcher vermeint, durch äußere Schematisirung das innere Verständniß der Rechtsverhältnisse ersetzen zu können. Die Rechte, welche ein Dritter im Proceß geltend machen kann, und seine davon abhängige processualische Stellung sind so mannichfaltig, daß durch die Unterbringung jeder Zwischenklage unter die schablonenmäßigen Begriffe von principaler, accessorischer und gemischter Intervention mehr Mißverständniß, als Verständniß erzeugt wird. Es findet hier das oben (Note 41) Bemerkte volle Anwendung.

209) Eine gleiche Entscheidung war auch (1837) erfolgt in S. Kaß z. S. Reinhart c. Höckel.

die Gemeinde R. die Zahlung an den Staat nicht verweigere, ersetzt wird; daher die Intervention mit Unrecht verworfen worden ist: ꝛc.

Da haben wir schon die oben construirte quasi-negatorische Klage, wie sie leibt und lebt. Die Zulassung der Zwischenklage ohne gleichzeitige Bitte um Zuerkennung der Forderung dem Verklagten gegenüber muß consequent dahin führen, das nämliche Klagrecht auch als selbständige Klage, lediglich wider den Forderungsconcurrenten gerichtet, zuzulassen. Auch in ihren ersten Sätzen halte ich die ergangene Entscheidung für völlig richtig. Offenbar liegt ihr die nämliche Ansicht zu Grunde, welche ich oben (S. 467) noch in einer anderen Richtung zu vertreten suchte: daß nämlich selbst das Judicat zwischen Gläubiger und Schuldner über das subjektive Recht des ersteren an der Forderung keine endgültige Entscheidung enthält. Wollte man auch annehmen, man sei sich dabei dieses Satzes und seiner Consequenzen nicht völlig klar bewußt gewesen, so würde doch gerade das Instinctive jener Entscheidung beweisen, wie tief derselbe in einer praktischen Anschauung der Dinge begründet ist.

Als ein Fortschritt nach jener Richtung läßt sich auch folgende Entscheidung des OGerichts zu F. ansehen[210]).

In einem Processe erwirkte der Kläger K. die Arrestbestrickung einer Forderung, welche angeblich dem Verklagten B. für gelieferte Schreinerarbeit wider den Fiscus zustand. Darauf trat ein Dritter, M., als Zwischenkläger mit der Behauptung auf, daß B. ihn in den Contract mit dem Fiscus zur Hälfte habe eintreten lassen, weshalb er bat, sein Eigenthum an der Hälfte jener Forderung anzuerkennen und diese Hälfte vom Arrest frei zu geben. Das Untergericht wies die Zwischenklage zurück, „weil Eigenthum an einer Forderung nicht gedacht werden könne, und der Kläger seine Forderung nur dem Schuldner gegenüber zu verfolgen habe.“ Das OGericht reformirte aus folgenden Gründen:

210) In S. Malsfeld z. S. Knoppsche Kinder c. Volz. 1854. — An die höchste Instanz ist die Sache nicht gelangt.

„Wenn gleich ein Forderungsrecht, indem es seiner ursprünglichen Natur nach nur eine Klage wider den Schuldner gewährt, nicht als Gegenstand des Eigenthums im eigentlichen Sinne gedacht werden kann: so läßt doch die durch Cession gewährte Möglichkeit, Forderungen zum Gegenstand des Verkehrs zu machen, die persönliche Sachberechtigung an einer Forderung als ein von dem Bestand der Forderung an sich getrenntes Recht auffassen, welches im uneigentlichen Sinne als Eigenthum an der Forderung bezeichnet werden kann; in gleicher Weise, wie bereits im röm. Rechte dem Pfandrechte auf Forderungen Anwendung gegeben ist. Die Frage, ob dieses Eigenthum an einer Forderung, insofern es zwischen mehreren Forderungsprätendenten streitig ist, zum Gegenstand selbständiger processualischer Verfolgung gemacht werden könne, ist durch einen unzweifelhaften Gerichtsgebrauch in dem Falle bejaht, wo der eine Forderungsprätendent bereits gegen den Schuldner Klage erhoben hat, indem in diesem Falle dem concurrirenden Forderungsprätendenten eine auf Anerkennung seiner Sachberechtigung gerichtete Zwischenklage zugestanden wird. Es ist in gleichem Maße Grund vorhanden, diese Klage da zu gestatten, wo der eine Forderungsprätendent, wenn auch noch nicht Klage erhoben, doch bereits ernstliche Schritte gethan hat, um die Forderung sich anzueignen und den anderen von deren Erhebung auszuschließen. Eine gleichzeitige Verfolgung der Forderung wider den Schuldner ist um so weniger erforderlich, als dieser bei der Entscheidung der Frage über die Sachlegitimation kein rechtliches Interesse hat und daher deren Austrag lediglich zwischen den verschiedenen Prätendenten sogar rechtlich verlangen kann."

Auf den Umstand, daß M. dem Fiscus noch nicht denunciirt habe, legte man kein Gewicht. Dagegen kam entscheidend in Betracht, daß die Zwischenklage nicht allein gegen K., sondern zugleich gegen V. gerichtet war; indem man dies deshalb nöthig erachtete, weil eine Zurückweisung derselben dem V. gegenüber ohne Weiteres auch zu Gunsten des K. gewirkt haben würde, in diesem Sinne also die Verhandlung mit V. präjudicieller Natur war.

Die Frage, ob dem Schuldner eine Litisdenunciation wider den Forderungsconcurrenten rechtlich zustehe, ist m. W. in den höheren Instanzen nicht eigentlich entschieden worden. Oefters haben aber die Untergerichte einer solchen Folge ge-

geben. So in einer Reihe von Fällen (1840), wo ein reicher Junggesell auf dem Todbette seinen hinzugekommenen Nachbaren seine Menge kleiner Capitalien geschenkt hatte, welche Schenkungen dann aber die Erben als ungültig bestritten. Die Schuldner, von den Schenknehmern belangt, verkündigten den Erben den Streit; diese wurden zugezogen, und nunmehr der Proceß lediglich zwischen ihnen und den Beschenkten durch alle Instanzen verhandelt, ohne daß ein Mißstand daraus erwachsen wäre.

Endlich will ich noch eine in höchster Instanz gebilligte Entscheidung[211]) anführen, in welcher das OGericht zu F. — anscheinend nicht ohne die Tendenz, auf eine Gestaltung der Praxis im Allgemeinen hinzuwirken — sich umfassend über die Schutzmittel des Schuldners ausgesprochen hat.

In einem Rechtsstreite ließ der Kläger E. auf eine Forderung des Verklagten D. wider M. bei letzterem Arrest anlegen. In diesem Processe trat nun der Arrestdritte M. auf, und suchte darzulegen, daß nicht mehr D., sondern ein für diesen bestellter Concurscurator das Arrestobject zu fordern habe; weshalb er bat, den Arrest aufzuheben. Das Untergericht wies diese Remonstration als unzulässig zurück. Das OGericht beließ es dabei aus folgenden Gründen:

„Der Rechtsstreit, in welchem auf Antrag des Klägers Ansprüche, welche angeblich dem Verklagten wider einen Dritten zustehen, bei diesem mit Arrest belegt werden, kann nicht als zugleich gegen diesen Dritten gerichtet angesehen werden. Vielmehr erscheint die Arrestanlage im Verhältnisse zu dem Arrestdritten nur als Vorbereitungsmaßregel eines demnächst gegen diesen zu richtenden Verfahrens. Deshalb ist der Arrestdritte nicht ohne Weiteres berufen, als Proceßpartei an dem Arrestprocesse Theil zu nehmen. Die vorliegend von M. versuchte Theilnahme kann daher nur aus dem Gesichtspunkte einer Zwischenklage beurtheilt werden, mittelst welcher derselbe die Nicht-Existenz der angeblich dem Verklagten zustehenden mit Arrest belegten Ansprüche schon in diesem Processe zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen bezweckt.

211) In S. Menger z. S. Epstein c. Dammas.

Abgesehen nun von der Frage, inwieweit eine solche Zwischenklage da, wo ein erhebliches Interesse zum sofortigen Austrag jener Frage für den Zwischenkläger ersichtlich ist, zuzulassen sei: so kann dieselbe jedenfalls vorliegend eben wegen Mangels eines genügenden Interesses nicht zugelassen werden. Insbesondere vermag die Rechtsunsicherheit, welche aus den durch die Arrestanlage in Aussicht gestellten Ansprüchen des Klägers auf das fragliche Vermögensobject, im Gegensatze zu der angeblichen Berechtigung des D.schen Concurscurators, für den Beschwerdeführer entsteht, ein Interesse der gedachten Art nicht zu begründen, da dem Schuldner in einem solchen Falle zur Abwendung der Gefahr, doppelt leisten zu müssen, anderweite genügende Mittel gegeben sind; indem er entweder, von einem der verschiedenen Forderungsprätendenten angegriffen, die Theilnahme des andern an diesem Rechtsstreite veranlassen und dadurch oder auch durch gerichtliche Deposition des streitigen Objekts, unter Beziehung auf die Ungewißheit des Berechtigten, den Austrag der Legitimationsfrage unmittelbar zwischen den verschiedenen Forderungsprätendenten herbeiführen, oder endlich auch, bei Leistung an den einen derselben, von diesem Caution begehren kann, daß er ihn gegen die Ansprüche des anderen vertreten werde (l. 1 §. 37 D. dep. 16, 3).

Das OAGericht erklärte auf weitere Beschwerde des M. die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses für im Wesentlichen nicht widerlegt.

Den hier aufgezählten Erscheinungen ließen sich aber freilich manche andere gegenüberstellen, welche den entgegengesetzten Standpunkt bekunden. So ist noch neuerdings beim OGericht zu C. eine Klage des Cessionars wider den Cedenten auf Ausstellung einer Cessionsurkunde zurückgewiesen, „da nach den über die Cession geltenden Grundsätzen der Cedent hierzu nicht verpflichtet erscheine.“ Und als vor Kurzem die Concurscuratoren eines Falliten mit einem Gläubiger, welcher zur Deckung seiner Forderung vom Cridar vor dem Concurs Cession empfangen zu haben behauptete, hierüber in Streit geriethen, wußten die Anwälte keinen anderen Weg, um die Sache in Gang zu bringen, als daß der Gläubiger den Schuldner verklagte, die Curatoren aber

alsbald intervenirten; obwohl für die Parteien selbst — es waren Kaufleute — diese Nöthigung mit Jemandem einen Proceß anzufangen, mit dem man es gar nicht vor hat, wieder zu den „Unbegreiflichkeiten des Rechtes" gehörte.

§. 23.

Doch soll daraus der Praxis kein Vorwurf gemacht werden. Liest man, mit welcher Indignation Mühlenbruch den Gedanken eines Eigenthums an Forderungen und der Verfolgbarkeit eines solchen wider Dritte wegwirft: woher soll da dem Praktiker der Muth kommen, in Widerspruch mit solcher Autorität eine Lehre aufzubauen? Die wesentliche Schuld trägt also, wie mir scheint, die Theorie. Vergebens hat Cropp[212]) in seiner Abhandlung über die cautio defensum iri darauf hingewiesen, wie es unpassend sei, beim Auftreten verschiedener Forderungsprätendenten den Schuldner in diesen ihn gar nicht interessirenden Streit herein zu ziehen. Vergebens tritt selbst in den Irrungen Musset's[213]) das praktische Ringen nach Schutz für den Schuldner klar zu Tage. Diese Lehre gehört nun einmal nicht zu der grande route der Herren von der Feder. Abhandlung auf Abhandlung wird geschrieben über Fragen, die so gut als niemals in praxi vorkommen; über manches aber, was dem Praktiker fast täglich begegnet, lassen ihn alle Bücher rathlos[214]).

212) Abhandl. I. S. 242. Note 49.

213) S. ob. S. 438.

214) Zu den oft nicht beachteten, gleichwohl sehr wichtigen Momenten unseres Rechtslebens gehört überhaupt die processualische Gefahr. Indem von dieser auch der gegenwärtige Aufsatz im letzten Theile seinen Ausgangspunkt nimmt, steht derselbe in einer gewissen Verwandtschaft mit meiner früheren Schrift: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund." Dort handelte es sich um die Schutzmittel des Gläubigers wider die Gefahr des Processes; hier um die des Schuldners in Verhältnissen, wo er jene Gefahr nicht zu tragen braucht.

Dazu kommt noch eines. Es giebt Juristen, welche überhaupt zu einer Gestaltung des Rechts, wie sie hier versucht ist, der Wissenschaft die Berechtigung absprechen, welche daher auch wohl in dieser Darstellung nur neugeschaffene Sätze finden werden, die allenfalls Werth als legislatorisches Material, aber keinen Anspruch auf praktische Geltung haben. Es ist wahr, daß ich für die meisten Sätze, die ich aufgestellt, keine unmittelbar redende Quellenaussprüche aufweisen kann. Gleichwohl glaube ich, soweit ich Neues gebracht, dieses Neue nicht geschaffen zu haben; so wenig als der Chemiker, der ein neues Element entdeckt, oder der Astronom, welcher aus den Störungen der bekannten Planeten einen noch unbekannten Stern berechnet und findet. Ich glaube nur dem Ausspruch des Paulus gefolgt zu sein: Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Habe ich in der Erkenntniß dieses jus, quod est, geirrt, so berichtige man mich; aber man ignorire nicht die angeregte Lehre, und gehe nicht an den klaffenden Wunden des Lebens achselzuckend vorüber. Wer nicht den Muth (oder soll ich sagen: die Kraft?) hat, den geistigen Kern des röm. Rechts, losgetrennt von der äußeren Schale, sich anzueignen, um daraus eine Frucht zu erzielen, wie sie unseren heimischen Verhältnissen entspricht, in dessen Hand ist jenes Recht ein todtes Wissen. Er mag sich hinsetzen und neue Gesetze schreiben, sehe sich aber wohl vor, woher er das Zeug dazu nehmen will.

Je schmerzlicher man oftmals noch bei den eigenen Fachgenossen den Sinn für eine natürliche, das Gefühl wahrhaft befriedigende Behandlung des ihnen anvertrauten geistigen Stoffes vermißt, um so mehr fühlt man sich erfreut und durch das Bewußtsein einer umfassenderen Gemeinschaft gehoben, wenn man

auf anderen Gebieten menschlichen Denkens Anklängen einer dem eignen Streben verwandten Richtung begegnet. So will ich denn hier mit einer Aeußerung schließen, die ich einem tiefgedachten Werke über Musik[215]) entnehme, welche aber mutatis mutandis auch wir Juristen beherzigen sollten. Es würde mir Freude sein, wenn in dieser Abhandlung ein nicht mißglückter Versuch, in diesem Sinne zu arbeiten, gefunden würde.

„Diese Darstellung der inneren und äußeren metrischen Verhältnisse kann vielleicht gesucht und künstlich erscheinen, Bedeutungen und Subtilitäten in die Sache tragend, die nicht darin liegen, einer vorgesetzten Theorie zu Liebe. — Wenn wir aber die Resultate betrachten, die aus diesen so verwickelt scheinenden Proceduren hervorgehen, so ergeben sie doch nur, was uns rythmisch ganz gefühlsgemäß und natürlich erscheint, was sich metrisch-natürlich eben „von selbst" macht. — Und das ist auch ganz allein der Zweck dieser Untersuchungen, darüber zur Klarheit zu kommen, auf welche Art und Weise sich das macht, „was sich von selbst macht" — im Einfachsten wie im Complicirtesten — was sich so macht, wie wir in künstlerischer Anwendung es natürlich finden. Es wird auch nur des Künstlers Streben sein können, etwas so zu machen, daß es sich von selbst gemacht zu haben scheine. Dazu müssen aber die darstellenden Mittel allgemein-verständliche, d. h. natürlich-gegebene sein; der gute Musiker wird sich so wenig bemühen, neue Accorde und neue Tactarten aufzusuchen, als es dem Maler in den Sinn kommt,

215) M. Hauptmann, Die Natur der Harmonik und der Metrik. (S. 247.)

eine neue Menschengestalt zu erfinden, oder ihr andere Gliederung geben zu wollen, als die sie von Gott erhalten."

Nachtrag. Während des Druckes dieser Abhandlung bin ich noch auf ein grammatisches Moment aufmerksam geworden, welches die von mir unterstellte Interpolation in c. 3 de novat. (S. 379. 392.) wesentlich unterstützt. Dem Zwischensatze:

> (a) antequam lis contestetur, (b) vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit,

fehlt nämlich offenbar die einheitliche Structur. Im Satze a ist das Wort „contestetur" passivisch gebraucht (vgl. Savigny, Syst. VI. S. 13); „lis" ist das Subject des Satzes. Der Satz b aber verläßt dieses Subject und begehrt, daß man aus dem Vorhergehenden das Wort „creditor tuus" als Subject supplire. Damit fällt dieser Satz aus der Construction heraus und bewahrt so schon in seiner äußeren Erscheinung ein Kennzeichen dafür, daß er mit dem Satz a nicht wohl aus einem Gusse entstanden sei. Es wäre ein Leichtes gewesen, beide Sätze sprachlich zu verschmelzen; man hätte nur „lis" in „litem" umzuwandeln gebraucht, wodurch „contestetur" zum Deponens geworden und „creditor tuus" auch zum Satze a als Subject herangezogen wäre. Darin, daß man dies unterließ, erweis't sich zugleich die äußere Leichtfertigkeit des Machwerks, als Spiegelbild der inneren.

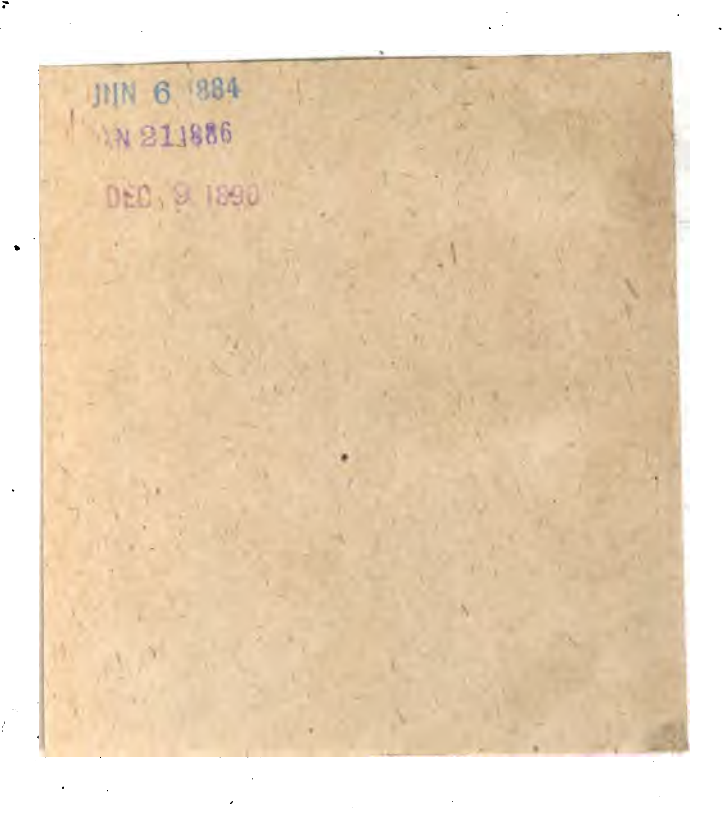
Gleichzeitig mit dem vorletzten Korrekturbogen ist mir das „Lehrbuch der Pandekten" von Brinz zu Händen ge-

kommen. Derselbe hat darin seine bereits früher (vgl. Note 66) angedeutete Ansicht über das Wesen der Cession noch bestimmter ausgesprochen, und es hat damit die hier vertheidigte Lehre eine neue Vertretung gefunden. Vielleicht darf ich hoffen, daß Brinz auch die von mir versuchte nähere Begründung der Lehre nicht verschmähen werde.

Schließlich bitte ich, in Note 43 Zeile 10 „A" in „B", in Note 124 Z. 2 „Cedent" in „Cessionar" zu berichtigen.

Inhaltsübersicht

zu vorstehender Abhandlung.


JUN 6 1884
N 21 1886
DEC 9 1890